

DER ARBEITSDIREKTOR

DES MITBESTIMMUNGSGESETZES 1976

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Thomas Leicht

1980

DER ARBEITSDIREKTOR

DES MITBESTIMMUNGSGESETZES 1976

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Thomas Leicht

1980

Dekan: Professor Dr. Detlef L i e b s
Referent: Professor Dr. Fritz R i t t n e r
Correferent: Professor Dr. Manfred L ö w i s c h



I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

LITERATURVERZEICHNIS

I. BÜCHER	VIII
II. AUFSÄTZE und BEITRÄGE	XIII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
-----------------------	-----

EINLEITUNG	XXII
------------	------

A. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DER MITBESTIMMUNG,
EINSCHLIESSLICH DER EINFÜHRUNG DES ARBEITS-
DIREKTORS DURCH DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

I. DAS MONTANMITBESTIMMUNGSGESETZ	1
-----------------------------------	---

1. GESCHICHTE	1
2. DAS GESETZ	4

II. DAS MITBESTIMMUNGSERGÄNZUNGSGESETZ	6
--	---

1. GESCHICHTE	6
2. DAS GESETZ	7

III. DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ 76	9
----------------------------------	---

1. GESCHICHTE	9
2. DAS GESETZ	14

B. RECHTSLAGE IN DEN GESELLSCHAFTEN VOR DEM
MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

I. DIE ORGANE DER AKTIENGESELLSCHAFT	17
--------------------------------------	----

1. DIE HAUPTVERSAMMLUNG	17
-------------------------	----

2. DER AUFSICHTSRAT	18
---------------------	----

3. DER VORSTAND	19
-----------------	----

a. GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS	19
------------------------------	----

b. VERTRETUNG	21
---------------	----

c. AUFGABEN DES VORSTANDES	23
----------------------------	----

d. SORGFALTSPFlicht UND VERANT- WORTLICHKEIT	24
---	----

e. BESTELLUNG DER VORSTANDSMIT- GLIEDER	25
--	----

f. WIDERRUF DER BESTELLUNG	27
----------------------------	----

g. ANSTELLUNGSVERTRAG	27
-----------------------	----

II. DIE ORGANE DER GMBH	29
-------------------------	----

1. DIE GESELLSCHAFTER	29
-----------------------	----

2. DER AUFSICHTSRAT	30
---------------------	----

3. DIE GESCHÄFTSFÜHRUNG	31
-------------------------	----

III. DIE ÜBRIGEN GESELLSCHAFTEN	32
---------------------------------	----

C. DER ARBEITSDIREKTOR

I. DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN	33
1. GRAMMATIKALISCHE BETRACHTUNG	34
2. HISTORISCHE BETRACHTUNG	35
a. §13 MONTANMITBESTIMMUNGSGESETZ	35
b. §13 MONTANMITBESTIMMUNGSERGÄN- ZUNGSGESETZ	37
c. §33 MITBESTIMMUNGSGESETZ 76	41
II. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS	54
1. ALLGEMEINES	54
2. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS IN DER AKTIENGESELLSCHAFT	59
a. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS DURCH DEN AUFSICHTSRAT	59
b. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS DURCH DAS GERICHT	63
3. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS IN DER GMBH	68
III. WIDERRUF DER BESTELLUNG DES ARBEITSDI- REKTORS	68
IV. AUFGABENBEREICH DES ARBEITSDIREKTORS	70
1. ALLGEMEINES	70
2. DER BEGRIFF "KERNBEREICH"	72
3. EINZELHEITEN	77
a. ZUSTÄNDIGKEIT DES ARBEITSDIREK- TORS FÜR DIE LEITENDEN ANGESTELL- TEN	77
b. ZUSTÄNDIGKEIT DES ARBEITSDIREK- TORS FÜR DIE TEILNAHME AN TARIF- VERHANDLUNGEN UND FÜR DEN AB- SCHLUSS VON TARIFVERTRÄGEN	80
V. ZUWEISUNG DES RESSORTS AN DEN ARBEITSDI- REKTOR DURCH GESETZ ODER GESCHÄFTSORDNUNG	84
VI. DIE NOTWENDIGKEIT EINER GESCHÄFTSORDNUNG	86
VII. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBERECHTIG- TES MITGLIED DES VERTRETUNGSORGANS	88
1. ALLGEMEINES	88
2. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBERECH- TIGTES MITGLIED IM VORSTAND EINER AK- TIENGESELLSCHAFT	89
a. GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS	89
b. VERTRETUNGSBEFUGNIS	94
c. BESTELLUNG UND ANSTELLUNGSVERTRAG	96
d. ANSPRUCH UND WIRKLICHKEIT	97

3. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBE- RECHTIGTES MITGLIED DER GESCHÄFTS- FÜHRUNG EINER GMBH	98
a. DER ARBEITSDIREKTOR UND DER GE- SELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER	98
b. DER ARBEITSDIREKTOR UND DAS WEI- SUNGSRECHT DER GESELLSCHAFTER	99
c. KOMPETENZ ZUM ABSCHLUSS DES AN- STELLUNGSVERTRAGES	102
aa. Kompetenzzuweisung an den Auf- sichtsrat aufgrund §§30, 31 MitbestG	103
bb. Kompetenzzuweisung an den Auf- sichtsrat aufgrund §25 Abs.1 Nr.2 MitbestG i.V.m. §112 AktG	107
cc. Kompetenzzuweisung an den Auf- sichtsrat aufgrund "Natur der Sache"	109
VIII. RECHTSFOLGEN BEI VERSTÜSSEN GEGEN §33 MITBESTG	111
1. NICHTBESTELLUNG EINES ARBEITSDIREK- TORS DURCH DEN AUFSICHTSRAT	112
2. FEHLEN EINER DAS NÄHERE REGELNDEN GESCHÄFTSORDNUNG	114
3. VERSTOSS DER GESCHÄFTSORDNUNG GEGEN §33 MITBESTG	116
D. DER ARBEITSDIREKTOR IM KONZERN	
I. §5 MITBESTG, DIE MITBESTIMMUNGSREGEL IM KONZERN	120
1. ALLGEMEINES	120
2. GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN	124
3. DIE FOLGEN DES §5 MITBESTG IM EINZELNEN	125
II. DER ARBEITSDIREKTOR IM UNTERNEHMEN DER KONZERNSPITZE, DAS SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ERFASST WIRD	128
1. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN WIRD SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ER- FASST	128
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS- KONZERN	129
aa. Vereinbarkeit des bisher gel- tenden Konzernrechts mit der Kernbereichsgarantie des Ar- beitsdirektors des beherrsch- ten unternehmens	131
bb. Harmonisierung des konzern- rechts mit §33 MitbesG	132
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER- TRAGSKONZERN	136

2. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ	139
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	140
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	142
3. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.1 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ	143
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	144
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	146
4. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT UNTER §1 ABS.4 MITBESTG	146
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	146
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	148
III. DER ARBEITSDIREKTOR IM UNTERNEHMEN DER KONZERNSPITZE, DAS MANGELS DER VORAUS-SETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT VOM MITBESTIMMUNGSGESETZ ERFASST WIRD	148
1. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN WIRD SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ER-FASST	149
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	149
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	150
2. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ	151
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	151
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	151
3. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.1 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ	151
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS-KONZERN	151
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER-TRAGSKONZERN	152

4. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT UNTER §1 ABS.4 MITBESTG	152
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS- KONZERN	152
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER- TRAGSKONZERN	153
IV. DER ARBEITSDIREKTOR IN DER NACH §5 ABS.3 MITBESTG FINGIERTEN KONZERNSPITZE	153
a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGS- KONZERN	153
b. DER DEZENTRAL GELEITETE VER- TRAGSKONZERN	156
V. DER FAKTISCHE KONZERN	157
Lebenslauf	XXV

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

BÜCHER:

ALLF, Richard/
BALLHAUS, Werner/
WEBER, Reinhold:

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar; 12. Aufl.; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1976

ARNOLD, Michael:

Die Entstehung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952; Dissertation; Freiburg, 1980

BADURA, Peter/
RITTNER, Fritz/
RÜTHERS, Bernd:

Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977

BARZ, Carl Hans/
u.a.:

Aktiengesetz, Großkommentar; 3. Aufl.; Walter de Gruyter, Berlin, 1970

BASSENGE, Peter/
u.a.:

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch; 38. Aufl.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979

BAUMBACH, Adolf/
HUECK, Alfred:

Aktiengesetz, Kommentar; 13. Aufl.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1968

BENDA, Ernst:

Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als gesellschaftspolitisches Problem; Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1966

BENZE, Dieter/
FÖHR, Horst/
KEHRMANN, Karl/
KIESER, Walter/
LICHTENSTEIN, Karl/
SCHWEGLER, Lorenz/
UNTERHINNINGHOFEN,
Hermann:

Mitbestimmungsgesetz '76, Kommentar für die Praxis; Verlag Buchdruckwerkstätten, Hannover, 1978

BERICHT DER SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION:

Mitbestimmung im Unternehmen; Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1970

BERICHT DER STAHLTREUHÄNDERVEREINIGUNG:

Die Neuordnung der Eisen- und Stahlindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1954

- BIEDENKOPF, Kurt H.: Mitbestimmung; Verlag J.P. Bachem, Köln, 1972
- BIEDENKOPF, Kurt H./
KOPPENSTEINER, Heinrich/
ZÖLLNER, Wolfgang: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz; Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970
- BOLDT, Gerhard: Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, Kommentar; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1952
- BOLDT, Gerhard: Mitbestimmungsergänzungsgesetz, Kommentar; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1957
- BRINKMANN-HERZ, Do-
rothea: Entscheidungsprozesse in den Aufsichtsräten der Montanindustrie; Duncker & Humblot, Berlin, 1972
- DÄUBLER, Wolfgang: Das Grundrecht auf Mitbestimmung; Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M., 1973
- FABRICIUS, Fritz/
MATTHES, Hans-Chri-
stoph/
RUMPFF, Claus/
SCHNEIDER, Uwe Hans/
WESTERATH, Heribert: Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz; Luchterhand Verlag, Neuwied, 1976
- FITTING, Karl/
AUFFARTH, Fritz/
KAISER, Heinrich: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar; 12. Aufl.; Verlag Franz Vahlen, München, 1977
- FITTING, Karl/
WLOTZKE, Otfried/
WISSMANN, Hellmut: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar; 2. Aufl.; Verlag Franz Vahlen, München, 1978
- GESSLER, Ernst/
HEFERMEHL, Wolfgang/
ULRICH, Eckardt/
KROPFF, Bruno: Aktiengesetz, Kommentar; Verlag Franz Vahlen, München, 1973
- GODIN, Hans von/
WILHELMI, Hans: Aktiengesetz, Kommentar; 4. Aufl.; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1971
- HACHENBURG, Max: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; 7. Aufl.; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975, 1979

- HERGT, Siegfried: Mitbestimmung, 35 Modelle zu einem gesellschaftspolitischen Problem; Heggen-Verlag, Opladen, 1973
- HERMANN, Andreas/
LENZ, Helmut: Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar; 3. Aufl.; Luchterhand Verlag, Neuwied, Berlin, 1970
- HESSE, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; 11. Aufl.; C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Karlsruhe, 1978
- HÖCKER, Lorenz/
JOHANNSEN, Martin: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, Kommentar; Verlag Glückauf GmbH, Essen, 1951
- HOFFMANN, Dietrich: Der Aufsichtsrat; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979
- HOFFMANN, Dietrich/
LEHMANN, Jürgen/
WEINMANN, Heinz: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978
- HORNÉ, Alfred: Der beklagte Sieg; Ring-Verlag, Villingen/Schwarzwald, 1959
- HUECK, Alfred: Gesellschaftsrecht; 17. Aufl.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975
- HUECK, Alfred/
NIPPERDEY, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts; 7. Aufl.; Verlag Franz Vahlen, Berlin, Frankfurt a.M., 1970
- JUNGBLUTH, Adolf: Arbeitsdirektor und Betrieb; Verlag Mensch und Arbeit, München, 1957
- KERB, Ruth Ingrid: Der Arbeitsdirektor. Seine Rechtsstellung im Gesellschafts- und Arbeitsverfassungsrecht; Dissertation; Freiburg, 1964
- KLAUS, Herbert/
MITTELBACH, Rolf: Die GmbH & Co KG; 5. Aufl.; Friedrich Kiehl Verlag GmbH, Ludwigshafen, 1978
- KÖTTER, Hans-Wilhelm: Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz mit Erläuterungen; Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1958
- KÖTTER, Hans-Wilhelm: Mitbestimmungsrecht, Kommentar; Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1952

- KRÜGER, Herbert: Paritätische Mitbestimmung, Unternehmensverfassung, Mitbestimmung der Allgemeinheit; Handelsblatt GmbH, Düsseldorf, 1973
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, erster Band, allgemeiner Teil; 11. Aufl.; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976
- LUTTER, Marcus: Mitbestimmung im Konzern; Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1975
- LUX, Hans-Joachim: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar; Forkel-Verlag, Stuttgart, Wiesbaden, 1977
- MAYER, Udo: Mitbestimmungsgesetz '76 - Grenzen und Möglichkeiten; Nachrichten-Verlags-GmbH, Frankfurt a.M., 1976
- MEILICKE, Heinz/
MEILICKE, Wienand: Mitbestimmungsgesetz 1976, Kommentar; Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1976
- MÖHRING, Philipp/
SCHWARTZ, Gustav/
ROWEDDER, Heinz/
HABERLANDT, Helmut: Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung; 2. Aufl.; Verlag Franz Vahlen, Berlin, Frankfurt a.M., 1966
- NELL-BREUNING, Oswald
von: Streit um Mitbestimmung; Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M., 1968
- NEULOH, Otto: Die deutsche Betriebsverfassung; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956
- NEUMANN- DUESBERG,
Horst: Betriebsverfassungsrecht; Duncker & Humblot, Berlin, 1960
- POTTHOFF, Erich: Der Kampf um die Montan-Mitbestimmung; Bund-Verlag-GmbH, Köln-Deutz, 1957
- POTTHOFF, Erich/
BLUME, Otto/
DUVERNELL, Helmut: Zwischenbilanz der Mitbestimmung; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962
- RAISER, Thomas: Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975
- RAISER, Thomas: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1977

- RITTNER, Fritz: Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht; C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Karlsruhe, 1973
- RITTNER, Fritz: Die werdende juristische Person; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973
- SÄCKER, Franz Jürgen: Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das Mitbestimmungsgesetz 1976; Handelsblatt GmbH, Verlag für Wirtschaftsinformation, Düsseldorf, Frankfurt, 1977
- SCHLEGELBERGER, Franz/ Aktiengesetz, Kommentar; 3. Aufl.;
QUASSOWSKI, Leo: Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939
- SCHOLZ, Rupert: GmbH-Gesetz, Kommentar; 6. Aufl.;
Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1979
- SCHOLZ, Rupert: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz; Duncker & Humblot, Berlin, 1974
- SCHWERTFEGGER, Gunther: Mitbestimmung in privaten Unternehmen; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1973
- TEGTMEIER, Werner: Wirkung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer; Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1973
- TEUTEBERG, Hans Jürgen: Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961
- TRIESCH, Günter/ Mitbestimmung in der Diskussion,
STAHN, J.: Band I; Deutsche Industrieverlags-GmbH, Köln, 1965
- VOIGT, Fritz/ Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung;
WEDDIGEN, Walter: Duncker & Humblot, Berlin 1962
- WÜRDINGER, Hans: Aktien- und Konzernrecht; 3. Aufl.; C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1973

AUFSÄTZE und BEITRÄGE:

- AHRENS, Dieter H.: Die Problematik des Mehrmütterkonzerns in aktien- und mitbestimmungsrechtlicher Sicht; AG 1975, 151
- BALLERSTEDT, Kurt: Rechtssystematische und rechtspolitische Grundfragen einer Beteiligung der Arbeitnehmer an Organen der Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, in: Die Arbeitgeber - Arbeitnehmer - Beziehung im Betrieb und Unternehmen; Hrsg.: Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Hohe Behörde, Luxemburg, 1967
- BALLERSTEDT, Kurt: Schranken des Weisungsrechts aufgrund eines Beherrschungsvertrags; ZHR 1973, 388
- BALLERSTEDT, Kurt: Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht; ZGR 1977, 133
- BAUMANN, Horst: GmbH und Mitbestimmung; ZHR 1978, 557
- BAYER, Wilhelm: Mitbestimmung und Konzern; DB 1975, 1167
- BAYER, Wilhelm: Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes; ZGR 1977, 173
- BIENER, Herbert: Unternehmensverfassung - Eine Darstellung der Modelle; RdA 1971, 174
- BOLDT, Gerhard: Bemerkungen zur Holding-Novelle Bergbau und Eisen; AG 1956, 8
- BRENNER, Otto: Die Gewerkschaften in der modernen Industriegesellschaft; Referat auf dem 6. ordentlichen Gewerkschaftstag der IG-Metall in Berlin 1960, Protokoll S. 230, abgedr. in: Mitbestimmung in der Diskussion, Bd. I; Hrsg.: Triesch/Stahn; Deutsche Industrieverlags-GmbH, Köln, 1965
- BUCHNER, Herbert: Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung der Diskussion um Unternehmensrecht und Mitbestimmung; DB 1975, 33

- CHRIST, Peter: Zeit-Serie: Der Neue im Vorstand — Ein "sogeannter" Arbeitsdirektor; Die Zeit -Nr.47- 16.November 1979
- DUDEN, Konrad: Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz; ZHR 1977, 145
- FARTHMAN, Friedhelm: Publikumsaktionär und Mitbestimmung; BB 1968, 473
- FITTING, Karl: Das Mitbestimmungsgesetz für Obergesellschaften; BARBl 1956, 499
- FLUME, Werner: Die Mitbestimmung — Ideologie und Recht; ZGR 1978, 678
- FRENKEL, Rainer: Zeit-Serie: Der Neue im Vorstand — Nur ein Schwindel mit Etiketten?; Die Zeit -Nr.44- 26.Oktober 1979
- GEITNER, Dirk: Offene Fragen im Mitbestimmungsgesetz; AG 1976, 210
- CESSLER, Ernst: Mitbestimmung im mehrstufigen Konzern; BB 1977, 1313
- HOFFMANN, Dietrich: Probleme der GmbH und der GmbH & Co nach dem Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes; GmbHR 1974, 73
- HOFFMANN, Dietrich: Zum Rechtsbegriff Arbeitsdirektor gemäß §33 MitbestG; BB 1976, 1233
- HOFFMANN, Dietrich: Der Kernbereich des Arbeitsdirektors und andere praktische Fragen bei der Anwendung von §33 MitbestG; BB 1977, 17
- HOFFMANN, Dietrich/
NEUMANN, Nikolaus: Die Mitbestimmung bei der GmbH und GmbH & Co KG nach dem Mitbestimmungsgesetz 76; GmbHR 1976, 183
- HÖLTERS, Wolfgang: Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung; BB 1975, 797
- HÖLTERS, Wolfgang: Die zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen im Spannungsfeld zwischen Satzungs- und Aufsichtsratsautonomie; BB 1978, 640
- HOMMELHOFF, Peter: Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH; ZGR 1978, 119

- IMMENGA, Ulrich: Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats; ZGR 1977, 249
- JUDITH, Rudolf: Montanmitbestimmung in Gefahr, in: Montanmitbestimmung, Geschichte, Idee, Wirklichkeit; Hrsg.: Judith/Kübel/Loderer/Schröder/Vetter; Bund-Verlag, Köln, 1979
- KEMMER, Heinz-Günter: Zeit-Serie: Der Neue im Vorstand - Der "durchschnittliche" Arbeitsdirektor; Die Zeit -Nr.43- 19. Oktober 1979
- LEO, Hans-Christoph: Die Rechtsstellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft nach dem Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes; AG 1960, 261
- LOOS, Gerold: Auswirkungen der Mitbestimmungsreform für die GmbH; DB 1974, 823
- LUTTER, Marcus/
SCHNEIDER, Uwe Hans: Mitbestimmung im mehrstufigen Konzern; BB 1977, 553
- MARTENS, Erika: Zeit-Serie: Der Neue im Vorstand - Kein Bremser von Beruf; Die Zeit -Nr.45- 2. November 1979
- MARTENS, Klaus-Peter: Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluß; ZHR 1974, 179
- MARTENS, Klaus-Peter: Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes; AG 1976, 113
- MEILICKE, Heinz/
MEILICKE, Wienand: Mitbestimmung im Konzern; BB 1978, 406
- MERTENS, Hans-Joachim: Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats; ZGR 1977, 270
- MEYER-LANDRUT, Joachim: Der Arbeitsdirektor im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung; DB 1976, 387
- MICHAELS, Heinz: Zeit-Serie: Der Neue im Vorstand - "Unser Mann" im Vorstand?; Die Zeit -Nr.41- 5. Oktober 1979
- MÜLLER, Hans-Peter: Der Leitende Angestellte im System der Mitbestimmung; Beilage 11/77 zu DB 1977

- NAENDRUP, Peter-Hubert: Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit (Strategien zur Bekämpfung oder Vermeidung von Mitbestimmung); AuR 1977, 225
- OVERLACK, Arndt: Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH; ZHR 1977, 125
- RAISER, Thomas: Der neue Koalitionskompromiß zur Mitbestimmung; BB 1976, 145
- RASCH, Harold: Die "Parität" im Recht der Großunternehmen; BB 1974, 532
- REHBINDER, Eckard: Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen; ZGR 1977, 581
- REICH, Norbert: Das neue Mitbestimmungsgesetz; AuR 1976, 261
- REICH, Norbert: Die Stellung des Aufsichtsrats im mitbestimmten Unternehmen; B1StSoz-ArbR 1976, 176
- RITTNER, Fritz: Der Mitbestimmungsbericht und die Unternehmensverfassung, in: Mitbestimmung - Ordnungselement oder politischer Kompromiß; Hrsg.: Böhm/Briefs; Seewald Verlag, Stuttgart, 1971
- RITTNER, Fritz: Zur Verantwortung des Vorstandes, in: Festschrift für Ernst Gessler; Hrsg.: Ballerstedt/Hefermehl; Verlag Franz Vahlen, München, 1971
- RITTNER, Fritz: Die paritätische Mitbestimmung und das Gesellschaftsrecht; JZ 1975, 457
- RITTNER, Fritz: Quantitative Legaldefinitionen im Wirtschaftsrecht, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig; Hrsg.: Klug/Ramm/Rittner/Schmidel; Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1978
- RITTNER, Fritz: Mitbestimmung nach Karlsruhe; FAZ vom 23. Juni 1979
- RITTNER, Fritz: Vakanzen im Ausschuß nach §27 Abs.3 MitbestG, in: Festschrift für Robert Fischer; Hrsg.: Lutter/Stimpel/Wiedemann; Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1979

- ROSENBERG, Ludwig: Diskussionsbeitrag innerhalb einer wissenschaftlichen Konferenz des DGB vom 1.-3. Oktober 1975 in Frankfurt a.M., abgedr. in: Mitbestimmung, Wirtschaftsordnung, Grundgesetz; Hrsg.: Vetter; Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M., Köln, 1976
- RÜTHERS, Bernd: Mitbestimmungsprobleme in Betriebsführungsgesellschaften; BB 1977, 605
- SÄCKER, Franz Jürgen: Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz; DB 1977, 1845
- SÄCKER, Franz Jürgen: Die Geschäftsordnung für das zur gesetzlichen Vertretung eines mitbestimmten Unternehmens befugten Organs; DB 1977, 1993
- SCHMID, Carlo: Zutrauen zum deutschen Volk; Vorwärts, Nr.34, vom 25.August 1965
- SCHNEIDER, Uwe Hans: Umfang und Grenzen der Mitbestimmung im Konzern, in: Das Mitbestimmungsgesetz 1976; 2. Aufl.; Hrsg.: Lutter; Ruhr - Universität, Bochum, 1978
- SCHWEGLER, Lorenz: Das neue Mitbestimmungsgesetz aus gewerkschaftlicher Sicht; B1StSoz-ArbR 1976, 168
- SEMLER, Johannes: Konzern im Konzern; DB 1977, 805
- SIEBER, Günter: Der Arbeitsdirektor, in: Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik; Hrsg.: Nemitz/Becker; Bund-Verlag, Köln, 1967
- VETTER, Heinz Oskar: Geschichte der Mitbestimmung, in: Montanmitbestimmung, Geschichte, Idee, Wirklichkeit; Hrsg.: Judith/Kübel/Loderer/Schröder/Vetter; Bund-Verlag, Köln, 1979
- WIEDEMANN, Herbert: Stellung des Mitbestimmungsgesetzes; ZGR 1977, 160
- WIEDEMANN, Herbert: Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer; BB 1978, 5
- WLOTZKE, Otfried: Der Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz 76; Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1976, 17

- WLOTZKE, Otfried/
WISSMANN, Hellmut: Das neue Mitbestimmungsgesetz; DB
1976, 959
- WLOTZKE, Otfried/
WISSMANN, Hellmut: Die erstmalige Bestellung des Ar-
beitsdirektors nach dem Mitbestim-
mungsgesetz; DB 1977, 1262
- ZÖLLNER, Wolfgang: Zur Problematik der Auswahl und
der Bestellung des Arbeitsdirektors
nach dem Mitbestimmungsgesetz;
DB 1976, 1766
- ZÖLLNER, Wolfgang: GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbe-
stimmung; ZGR 1977, 319

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Amtbl.	Amtsblatt
Anh.	Anhang
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
ArR	Arbeit und Recht
Aussch. f. Arb. u. Sozord.	Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung
BAnz	Bundesanzeiger
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversi- cherung und Arbeitsrecht
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
bzw.	beziehungsweise
d.	der, die, des
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dh	das heißt
dt.	deutsch
Einl.	Einleitung
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

ff	folgende
Fn	Fußnote
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm.	Großkommentar
Halbs.	Halbsatz
HBd.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IG	Industriegewerkschaft
i.V.m.	in Verbindung mit
JurA	Juristische Analysen
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
m.E.	mit Einschränkungen
Mil. Reg.	Militärregierung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
Montan-MitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
PrGS	Preußisches Gesetzblatt
RdA	Recht der Arbeit
Rdn	Randnummer
Rdz	Randziffer
RegE	Regierungsentwurf
RGBI	Reichsgesetzblatt
S.	Seite
sog.	sogenannt
Sten. Ber.	Stenographischer Bericht
Sten. Prot.	Stenographisches Protokoll
u.	und
v.	vom, von
Verfüg.	Verfügung

vgl	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Wirtschaftsrecht

EINLEITUNG

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist der durch das Mitbestimmungsgesetz 76 allgemein eingeführte Arbeitsdirektor, welchen man bislang nur im begrenzten Bereich der Montanindustrie kannte. Mit Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes 76 entfiel die branchenmäßige Beschränkung, so daß dieser in nahezu allen bedeutenden Unternehmen der deutschen Wirtschaft zur Pflicht wurde.

Die durch das Gesetz vorgenommene Erweiterung führt in der Praxis zu mannigfaltigen Fragestellungen und vielerlei Problemen, die dort gelöst werden müssen. Die folgenden Bemühungen gelten der Erarbeitung und Darstellung theoretischer Grundlagen, die sich als Anregung bei der Suche nach den notwendigen Antworten und Lösungen verstehen. Im Vordergrund steht hierbei insbesondere die Unterscheidung des §33 MitbestG von den einschlägigen Regelungen der Montanmitbestimmung, die Frage also, inwieweit sich der Arbeitsdirektor dort von dem des Mitbestimmungsgesetzes 76 unterscheidet. Weiter ist die gesellschaftsrechtliche Stellung des Arbeitsdirektors innerhalb der vom Mitbestimmungsgesetz erfaßten Unternehmen zu klären. Besondere Aufmerksamkeit wird der Frage nach seinen Rechten und Pflichten sowie dem Begriff und der Bedeutung der Kernbereichszuständigkeit zu widmen sein. Sodann ist auf die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen den §33 MitbestG aufmerksam zu machen. Abschließend gilt es, Umfang und Abgrenzung von Zuständigkeiten mehrerer Arbeitsdirektoren im Konzern darzustellen. Es wird zu versuchen sein, die vielfältige Möglichkeiten umfassende Konzernarchitektur mit den Zielen des Mitbestimmungsgesetzes 76 in ein angemessenes Verhältnis zu bringen.

Die angeschnittenen Fagen werden in der Literatur bislang nicht immer eindeutig und klar dargestellt, zum

Teil nur oberflächlich und andeutungsweise behandelt. Zweck der Arbeit ist daher auch, die geführte Diskussion zu ergänzen, um so das theoretische Bild des Arbeitsdirektors mit Blick auf die Praxis zu vervollständigen.

A. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DER MITBESTIMMUNG, EINSCHLIESSLICH DER EINFÜHRUNG DES ARBEITSDIREKTORS DURCH DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

1. DAS MONTANMITBESTIMMUNGSGESETZ

1. GESCHICHTE

Die Geschichte der Forderung nach Mitbestimmung geht bis in das erste Drittel des 19. Jahrhunderts zurück¹. So hatte die verfassungsgebende Nationalversammlung in der Paulskirche 1848 in dem Entwurf einer Gewerbeordnung erstmals eine betriebliche Mitbestimmung von Arbeitnehmern vorgesehen. Es sollte unter ihrer Beteiligung ein Fabrikausschuß gewählt werden, dem eine Reihe von Befugnissen bei Streitigkeiten zwischen den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern zugesprochen war. Die erste gesetzliche Regelung von Arbeiterausschüssen findet sich im Arbeitsschutzgesetz vom 1. Juni 1891². Wurden solche Arbeiterausschüsse eingerichtet, was im Ermessen der Arbeitgeber stand, so mußten die Vertreter aus der Mitte der Arbeiter gewählt werden. Zwingend waren die Arbeiterausschüsse seit der Novelle zum Preußischen Berggesetz von 1905 und 1909³ in allen Betrieben mit über 100 Arbeitnehmern vorgesehen. Zu ihrer Aufgabe gehörte die Sorge um den Betriebsfrieden sowie die Mitwirkung in sozialen Fragen. Im Ersten Weltkrieg brachte das Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst vom 5.12.1916 obligatorische Arbeiter- und Angestelltenausschüsse für alle gewerblichen Hilfsdienstbetriebe mit über 50 Arbeitern und Angestellten. Sie hatten erhebliche

1: Potthoff/Blume/Duvernell: Zwischenbilanz der Mitbestimmung S.1 ff, insbes. Teuteberg: Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Arnold: Die Entstehung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952

2: Gesetz betreffend Abänderung der Gewerbeordnung vom 1.6.1891 RGBI S.261

3: Gesetz zur Abänderung des allgemeinen Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 16.7.1905, PrGS S.307 und vom 28.7.1909 PrGS S.677

Mitsprache- und Mitwirkungsrechte in sozialen und personellen Fragen. Mit der Revolution von 1918 übernahmen in Deutschland Arbeiter- und Soldatenräte die politische und wirtschaftliche Macht, während die Arbeiterausschüsse zurücktraten. Die Arbeiter- und Soldatenräte konnten sich im Ergebnis jedoch nicht durchsetzen. So wurden durch die Verordnungen vom 23.12.1918 über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten⁴ Arbeiter- und Angestelltenausschüsse in allen Betrieben mit mehr als 20 Arbeitern oder Angestellten vorgeschrieben. In Art.165 der Weimarer Reichsverfassung⁵ fand die Mitbestimmungsforderung zunächst ihren Abschluß. Die nach dieser Bestimmung zu schaffenden Räte erhielten zwar keine Mitwirkung in der Leitung der Unternehmen, jedoch waren sie mit den Arbeitgebern gleichberechtigt beteiligt bei der Regelung von Löhnen und Arbeitsbedingungen sowie bei der Gestaltung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung⁶.

Die eigentliche Geschichte des Montanmitbestimmungsgesetzes sowie des Arbeitsdirektors beginnt erst nach dem Zusammenbruch Deutschlands mit Ende des Zweiten Weltkriegs⁷. Am 5.Juni 1945 übernahmen nach der Kapitulation die Alliierten aufgrund Unterzeichnung dreier Deklarationen in Berlin die Macht in Deutschland. Die Dreierkonferenz, Truman, Stalin und Churchill, die am 17.Juni 1945 in Potsdam begann, hatte aufgrund ihrer Beschlüsse und Abkommen besondere Bedeutung für die deutsche Wirtschaft. So sah man vor⁸, in möglichst kurzer Zeit die deutsche

4: RGB1 S.1456

5: vom 11.8.1919 RGB1 II S.1383

6: vgl Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd II S.673 f, Neumann-Duesberg: Betriebsverfassungsrecht S.27 ff

7: vgl die Neuordnung der Eisen- und Stahlindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, Bericht der Stahltreuhändlervereinigung S.43 ff; vgl auch Rittner: Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht S.144 ff

8: Mil.Reg.-Gesetz Nr.75 vom 10.11.1948 abgedr. in: Gesetzgebung der Alliierten Hohen Kommission in Deutschland II D 75 Hrs.g.: Andres; Gesetz Nr.27 vom 16.5.1950 BAnz. Nr.100 S.3, Mil.Reg.-Gesetz Nr.52 vom 1.6.1946, Amtbl. d. Mil.Reg. S.24; vgl auch Stahltreuhändlerberichte aaO S.31 ff

Wirtschaft zu dezentralisieren, um die bestehende, besonders in der Gestalt von Kartellen, Trusts und anderen monopolistischen Vereinigungen zum Ausdruck kommende übermäßige Konzentration der wirtschaftlichen Kräfte aufzuheben⁹.

Durch die Allgemeine Verfügung Nr.7 vom 20. August 1946¹⁰ wurde die Enteignung der alten Besitzer der großen Werke der Eisen- und Stahlindustrie statuiert. Die von den Alliierten beschlossenen Maßnahmen zur Demontage der deutschen Schwerindustrie stießen nicht nur bei den Unternehmensleitungen auf starken Widerstand, sondern auch die Gewerkschaften wehrten sich energisch¹¹. Die gegenseitige Abhängigkeit, die allgemeine Sorge um die Zukunft der deutschen Wirtschaft und der Widerstand gegen die Zerschlagung der Montanindustrie ließen die Sozialpartner zu einem gemeinsamen Miteinander kommen. So wurde im Zuge der Entflechtung in den ausgegliederten Gesellschaften ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat bestellt, der seinerseits einen ausschließlich aus den Reihen der Gewerkschaften kommenden Arbeitsdirektor in den Vorstand entsandte.

Mit dem Gesetz Nr.75 vom 10. November 1948¹² der Alliierten über die Neugestaltung des deutschen Kohlebergbaus und der Eisen- und Stahlindustrie wurde die Liquidation der Konzerne endgültig angeordnet. Ein Stahltruhändlerverband sollte Vorschläge für die Neuordnung der liquidierten Konzerne machen¹³. Die Frage des Eigentums und der demokratischen Kontrolle der neuen Gesellschaften wurde von diesem Gesetz offen gelassen¹⁴, denn die Entscheidung über die Eigentumsordnung sollte einer künfti-

9: vgl Potthoff: Der Kampf um die Montan-Mitbestimmung S.22

10: Allg. Verfüg. Nr.7 "Beschlagnahme der Eisen- und Stahlunternehmen vom 20.8.46", Amtsbl. d. Mil.Reg. für das britische Kontrollgebiet Nr.13 S.308

11: Potthoff aaO S.35

12: vgl Fn 8

13: vgl hierzu näher Stahltruhändlerbericht aaO S.114 f

14: vgl Potthoff aaO S.60

gen deutschen Regierung überlassen bleiben.

Mit der Entwicklung hin zur Bundesrepublik Deutschland trat auch ein Wandel in der Politik ein. Die Gewerkschaften drängten nun verstärkt auf eine gesetzliche Fixierung der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat sowie auf die Festschreibung des Arbeitsdirektors, während die Unternehmerschaft die Mitbestimmung auf eine bloße Mitwirkung reduzieren wollte¹⁵. Die Bundesregierung hielt sich aufgrund der heftigen und leidenschaftlichen Diskussionen um diese Fragen mit gesetzgeberischer Aktivität zurück¹⁶. Ihren Höhepunkt erreichte die Auseinandersetzung zum Jahreswechsel 1950/51 mit der Androhung eines Generalstreiks in der kohle- und stahlverarbeitenden Industrie, sollte das Parlament nicht bis zum 1. Februar 1951 eine für die Gewerkschaften befriedigende gesetzliche Regelung gefunden haben¹⁷. Aufgrund dieses massiven Drucks konnte das vom Bundestag am 18. April 1951 beschlossene Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie am 21. Mai 1951 verkündet werden.

2. DAS GESETZ

Das Montanmitbestimmungsgesetz regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, nämlich im Aufsichtsrat und in den Vertretungsorganen der erfaßten Gesellschaften¹⁸. Erfaßt werden Unternehmen, deren überwiegender Betriebszweck in der Förderung oder der Aufbereitung von Kohle und Eisenerz liegt, sowie diejenigen

15: Potthoff aaO S.72; vgl auch Stahltruhänderbericht aaO S.258 f

16: vgl Potthoff aaO S.67, 71 und Potthoff/Blume/Duvernell aaO S.42 ff

17: vgl Potthoff aaO S.77 und Potthoff/Blume/Duvernell aaO S.43

18: Wenngleich auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmern bestehen muß, so beschränkt sich die Mitbestimmung dort auf betriebliche Fragen, vgl Arnold aaO S.126 ff

der eisen- und stahlerzeugenden Industrie, soweit der Unternehmensträger eine Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist und in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigt¹⁹. Ferner unterliegen solche Unternehmen dem Gesetz, die von einem der genannten Unternehmen abhängig aber rechtlich selbständig sind²⁰, falls sie sich nach ihrem überwiegenden Betriebszweck selbst dem Montanbereich widmen.

Das Gesetz setzt die Mitbestimmung im Aufsichtsrat an²¹. Dieser ist zwingend vorgesehen und umfaßt elf Mitglieder, wobei die Anteilseigner vier Vertreter und ein weiteres Mitglied und die Arbeitnehmer ebenfalls vier Mitglieder und ein weiteres Mitglied entsenden²². Hinzu kommt ein elfter Mann, über den sich die beiden Bänke im Aufsichtsrat einigen müssen²³. Weiter sieht das Gesetz vor, daß in das Vertretungsorgan der seit 1947 aufgrund Vereinbarung eingeführte Arbeitsdirektor obligatorisch in allen dem Gesetz unterfallenden Unternehmen zu bestellen ist²⁴. Dieser, der wie die anderen Vorstandsmitglieder²⁵ vom Aufsichtsrat bestellt wird, kann allerdings nicht gegen die Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewählt werden²⁶. Im übrigen hat der Arbeitsdirektor ebenso wie die anderen Mitglieder des Vertretungsorgans seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben²⁷.

19: vgl §1 MitbestG, hierzu näher Rittner aaO S.153 f

20: Boldt MontanMitbestG §1 Anm 3c aa, Kötter MontanMitbestG §1 Anm 19

21: vgl näher Rittner aaO S.156 ff

22: §4 Abs.1 MontanMitbestG; zur Wahl und zum Wahlverfahren vgl §§4 Abs.2,5,6,8 MontanMitbestG

23: vgl §8 MontanMitbestG

24: vgl §13 MontanMitbestG

25: bei der AG, Geschäftsführer bei der GmbH, Grubenvorstand bei der Berggewerkschaft

26: vgl §13 Abs.1 MontanMitbestG

27: vgl §13 Abs.2 MontanMitbestG; Boldt MontanMitbestG §13 Anm 6, Kötter MontanMitbestG §13 Anm 11

II. DAS MITBESTIMMUNGSERGÄNZUNGSGESETZ

1. GESCHICHTE

Nach der Dezentralisierung der Konzerne durch die Alliierten in den ersten Nachkriegsjahren war die sowohl technisch als auch wirtschaftlich bedeutende Frage der zweckmäßigen Form der Verbindung von Kohle und Eisen zu lösen. Im Interesse einer baldigen Gesundung der deutschen Wirtschaft und mit dem Ziel, Einheiten zu schaffen, die fähig sind, auf den Weltmärkten im Wettbewerb zu bestehen, erklärten die Alliierten durch das Gesetz Nr. 27²⁸ ihr Einverständnis mit der Bildung von geschäftsführenden Obergesellschaften. Bei Schaffung der ersten Obergesellschaften 1951 einigten sich die Anteilseignervertreter und die Gewerkschaften über die praktische Regelung der Mitbestimmung in den neuen Gesellschaften²⁹. Die Vereinbarungen sollten nur vorläufigen Charakter haben, da eine gesetzliche Regelung zur Klärung dieser Frage von allen erwartet wurde³⁰.

Zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgebern entbrannte der Streit, ob die Holdinggesellschaften dem Montanmitbestimmungsgesetz oder nur dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 unterliegen sollten, was einen erheblichen Unterschied in der Mitbestimmung bedeutete. Während die einen eine Potenzierung der Mitbestimmung und eine ungerechtfertigte Ausdehnung auf nicht im Montanbereich tätige Unternehmen befürchteten, sahen die anderen eine Aushöhung der Mitbestimmung bei starker Bindung der einzelnen Unternehmen an eine Holdinggesellschaft auf sich zukommen³¹. Aufgrund einer Klage entschied das Landgericht

28: vgl. Fn 8; vgl. zur Entstehungsgeschichte auch Boldt MitbestErgG S. 9 ff

29: vgl. zur Mitbestimmungspraxis in den Obergesellschaften den Stahltreuhänderbericht aaO S. 259

30: vgl. Potthoff/Blume/Duvernell aaO S. 48 ff

31: vgl. Potthoff aaO S. 89 ff

Düsseldorf im Dezember 1953³², daß das Betriebsverfassungsgesetz 1952, nicht das Montanmitbestimmungsgesetz auf die Holdinggesellschaften anzuwenden sei. Die Gewerkschaften sahen dadurch den ihnen in Aussicht gestellten Einfluß auf die Obergesellschaften gefährdet und scheuten deshalb weder scharfe Auseinandersetzungen mit den Arbeitgeberverbänden, noch Protest- und Warnstreiks in der eisenschaffenden Industrie³³. Im Juni 1956 verabschiedete dann der Bundestag den Entwurf des "Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie", welcher im August 1956 in Kraft trat³⁴.

2. DAS GESETZ

Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz regelt in Ergänzung zum Montanmitbestimmungsgesetz die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und den zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organen in den Obergesellschaften innerhalb des Montanbereichs. Die erfaßten Holdinggesellschaften müssen entweder in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit geführt werden. Weiter ist Voraussetzung, daß dem Willen der Holdinggesellschaft aufgrund einer ein Beherrschungsverhältnis begründenden Vereinbarung die Geschäftsführung eines beherrschten Unternehmens unterworfen ist, das dem Montanmitbestimmungsgesetz unterliegt³⁵. Im einzelnen regelt sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer wie folgt: Liegen bei dem herr-

32: Urteil vom 21.12.1953, RdA 54, 112=NJW 54, 236=BB 54, 60

33: vgl Potthoff/Blume/Duvernell aaO S.47

34: vom 7.August 1956, BGBl I S.707

35: §1 Abs.1 MitbestErgG; vgl Boldt MitbestErgG §1 Rdn 2, Kötter MitbestErgG §1 Anm 1

schen Unternehmen selbst die Voraussetzungen des Montanmitbestimmungsgesetzes vor, so gilt dieses unmittelbar³⁶. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, findet das Mitbestimmungsergänzungsgesetz Anwendung, wenn der Zweck des Konzerns durch die beherrschten Unternehmen gekennzeichnet wird, die den Voraussetzungen des Montanmitbestimmungsgesetzes genügen³⁷. Für Holdinggesellschaften, die selbst vom Montanmitbestimmungsgesetz nicht erfaßt werden und deren Unternehmenszweck nicht durch die beherrschten Unternehmen bestimmt wird, die dem Montanmitbestimmungsgesetz unterliegen, regelt sich die Mitbestimmung lediglich nach dem Betriebsverfassungsgesetz³⁸.

Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz schreibt wie das Montanmitbestimmungsgesetz einen Aufsichtsrat für alle erfaßten Unternehmen zwingend vor, jedoch setzt sich dieser hier anders zusammen als dort. Sieben Vertreter haben die Anteilseigner, sieben die Vertreter der Arbeitnehmer zu entsenden. Hinzu kommt ein weiteres Mitglied, der Fünfzehnte-Mann, der gleich dem Elften-Mann des Montanmitbestimmungsgesetzes Pattsituationen vermeiden soll³⁹. Ebenso sieht das Mitbestimmungsergänzungsgesetz einen Arbeitsdirektor für das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ vor⁴⁰. Auch hier besteht ein nicht uninteressanter Unterschied zum Montanmitbestimmungsgesetz. §13 Abs.1 Satz 2 MontanMitbestG findet im Bereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes keine Anwendung⁴¹, so daß der Arbeitsdirektor theoretisch gegen die Stimmen der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat bestellt werden könnte, was er aber praktisch niemals wurde⁴².

36: §2 MitbestErgG

37: §3 Abs.1 MitbestErgG

38: §14 MitbestErgG

39: §5 Abs.1 MitbestErgG

40: §13 MitbestErgG verweist auf §13 Abs.1 Satz 1 und Abs.2 Montan-MitbestG

41: vgl §13 MitbestErgG

42: vgl hierzu näher S.37 f

III. DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

1. GESCHICHTE

Die Wiederaufnahme der Diskussion um die Mitbestimmung zu Anfang der 60iger Jahre wurde eingeleitet durch eine Vielzahl von sozialwissenschaftlich-empirischen Untersuchungen über Praktizierung und Wirkungsweise der Mitbestimmungsgesetze im Montanbereich⁴³. Ferner setzte sich eine breite Literatur mit den ideellen Grundlagen, der sozialetischen und -politischen Rechtfertigung der Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Allgemeinen auseinander⁴⁴. Insbesondere, so wurde ausgeführt, gehe es darum, die Würde der menschlichen Person und ihre freie Entfaltung im Unternehmen durch eine Unternehmensmitbestimmung zu fördern⁴⁵. Der Staat sei aufgrund von Art 1 GG außer zur Achtung auch zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet. Hieraus ergebe sich eine generelle Drittwirkung auch gegenüber sozialen Gewalten und Einzelindividuen, weshalb die Freiheit schlechthin gefährdet sei, wenn der Großbetrieb im toten Winkel der Freiheit liege⁴⁶.

In der Wirtschaft eines freien Landes dürfe der Mensch nicht bloßes Objekt des wirtschaftlichen Geschehens sein, sondern er solle an der Gestaltung der wirtschaftlichen

43: beispielsweise Horné: Der beklagte Sieg; Neuloh: Die Deutsche Betriebsverfassung; ders.: Der neue Betriebsstil; Potthoff: Zwischenbilanz der Mitbestimmung; Voigt/Weddigen: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung;

44: vgl zu den Argumenten für und wider, insbesondere einer Parität Rittner aaO S.151 f

45: Staat und Wirtschaft, Beschlüsse des 2. Vatikanischen Konzils: "In den wirtschaftlichen Unternehmen stehen Personen miteinander in Verbund, das heißt freie, selbstverantwortliche, nach Gottes Bild geschaffene Menschen. Darum sollte man unter Beachtung auf die besondere Funktion der einzelnen...die aktive Beteiligung aller an der Unternehmensgestaltung voranbringen." vgl v. Nell-Breuning: Streit um Mitbestimmung S.130

46: vgl näher Benda: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als gesellschaftspolitisches Problem S.556 ff

Dinge teilhaben⁴⁷. Auch soll die Mitbestimmung der Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit Rechnung tragen. Beide Faktoren seien aufeinander angewiesen und für das Unternehmen gleichermaßen unentbehrlich⁴⁸. In der modernen Industriegesellschaft könne sich der Mensch wegen der Verfeinerung der Arbeitsteilung, der Zerlegung der Arbeitsprozesse, der Mechanisierung und Automatisierung der Produktionsabläufe mit seiner Arbeit nicht mehr identifizieren, weshalb eine neue Form der Ausbeutung und der seelischen Fron drohe. Die Mitbestimmung solle dazu führen, daß aus fremdbestimmter Arbeit eine eigenverantwortliche Arbeit wird. Die Arbeitnehmer sollen sich durch die Mitbestimmung aus der Abhängigkeit befreien, in die sie die moderne Industriegesellschaft verstrickt habe, denn ihre Existenz beruhe immer noch allein auf der Verwendung ihrer Arbeitskraft⁴⁹. Arbeit und Kapital hätten gemeinsame Aufgaben, Pflichten und Ziele. Sie trügen beide Verantwortung und Risiko, weshalb auch die Ungleichheit der Rechtsstellung in der Wirtschaft überwunden werden müsse⁵⁰. Nur wo die Arbeit in Freiheit geschehe, werde das Leben im Staat ein Leben in Freiheit sein. Der Arbeitnehmer müsse zum Betriebsbürger werden, wie er vom Untertan zum Staatsbürger wurde⁵¹.

Durch eine erweiterte Mitbestimmung solle das demokratische Prinzip im wirtschaftlichen Bereich verwirklicht werden. Jeder Macht müsse eine institutionell gesicherte Verpflichtung und Kontrolle gegenüberstehen, damit diese Macht nur zum Wohle der davon Betroffenen, unter Respektierung der Freiheitsrechte, ausgeübt werde. Die Anwen-

47: Däubler: Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.133

48: v. Nell-Breuning aaO. S.31

49: Brenner: "Die Gewerkschaften in der modernen Industriegesellschaft", Referat auf dem 6. ordentlichen Gewerkschaftstag der IG-Metall in Berlin 1960, Protokoll S.230, abgedr. in: Mitbestimmung in der Diskussion Bd I S.42 Hrsg.: Triesch/Stahn

50: Protokoll des Essener Kongresses der CDA 1950 S.85, abgedr. bei Triesch/Stahn aaO S.144

51: Schmid, Carlo: "Zutrauen zum deutschen Volk" in: Vorwärts, Nr.34 vom 25.8.1965, abgedr. bei Triesch/Stahn aaO S.167

derung des demokratischen Prinzips auf die Unternehmen gebiete die Legitimation der Unternehmensleitung, das heißt ihre Bestellung, Abberufung und Kontrolle durch die von der Unternehmenspolitik berührten Gruppen⁵².

In der Regierungserklärung vom 18. Januar 1973 führte Willy Brandt aus, daß die Mitbestimmung zur Substanz des Demokratisierungsprozesses unserer Gesellschaft gehöre. Sie sei geschichtliche Voraussetzung für jene Reform, die in ihrer Summe den freiheitlichen Sozialstaat möglich mache⁵³. Insbesondere solle der Bürger im wirtschaftlichen Bereich auf jene Entscheidungen Einfluß nehmen können, die ihn betreffen⁵⁴, denn die Demokratie könne nicht auf den staatlichen Bereich beschränkt bleiben, sondern sie müsse sich im gesellschaftlichen Zusammenleben verwirklichen.

Die Gegner einer erweiterten Mitbestimmung waren hingegen der Auffassung, daß eine Mitbestimmung, wie sie gefordert wurde, nicht geeignet sei, die angegebenen Ziele zu realisieren. Die Mitbestimmung könne die Entfremdung der Arbeitnehmer nicht beenden oder sie gar von ihrer "Objektstellung" zu einer "Subjektstellung" emanzipieren, mit Ausnahme derjenigen Mitbestimmung, die man als Mitbestimmung am Arbeitsplatz bezeichnet⁵⁵. Es sei nämlich der Arbeitsplatz, an dem das Gefühl der Entfremdung sich am stärksten bilde. Nicht die großen unternehmenspolitischen Entscheidungen, sondern die täglichen Bestimmungen durch einen unmittelbaren Vorgesetzten seien es, die drücken. Die unternehmenspolitischen Entscheidungen würden auch bei einer Unternehmensmitbestimmung mehr oder weniger anonym und fernab vom Arbeitnehmer gefällt, wes-

52: Bericht der Sachverständigenkommission Teil II B I 3 BT-Drucks. VI/334 bzw Mitbestimmung im Unternehmen

53: abgedr. in: Mitbestimmung S.15, Hrsg.: Hergt

54: Entwurf eines ökonomisch-politischen Orientierungsrahmens für 1973-1985 abgedr. bei Hergt aaO S.20 ff

55: vgl Krüger: Paritätische Mitbestimmung, Unternehmensverfassung, Mitbestimmung der Allgemeinheit S.46 ff

halb auch das Gros der Arbeitnehmer hinter der Forderung nach Erweiterung der Mitbestimmung eher mit Gelassenheit, bisweilen mit Gleichgültigkeit stehe⁵⁶. Mit einer gesetzlichen Erweiterung der Mitbestimmung würden sich letztlich nur die Gewerkschaften mit ihrer Forderung nach Partizipation an der unternehmerischen Macht durchsetzen, denn es wären hauptsächlich Mitglieder der Gewerkschaften und deren Funktionäre, die dann einflußreiche Positionen besetzen würden⁵⁷. Man befürchtete, daß die Macht und der Einfluß der Gewerkschaften auf diese Weise bedrohlich zunehme, so daß eine Fernsteuerung der Unternehmen durch die Gewerkschaften nicht ausgeschlossen sei.

Um die weite und heftige Diskussion zusammenzufassen und zu versachlichen und um von unabhängiger Stelle die Erfahrungen mit der Montanmitbestimmung prüfen zu lassen, berief die Bundesregierung zur Zeit der Großen Koalition Anfang 1968 eine Mitbestimmungskommission ein⁵⁸. Zwei Jahre später, Anfang 1970, erstattete die Kommission nach umfangreicher Arbeit ihren Bericht, der bald maßgebende Grundlage der öffentlichen Diskussion um die Mitbestimmung wurde⁵⁹.

Die Mitbestimmungskommission empfahl, über den ihr erteilten Auftrag hinausgehend⁶⁰, ein Modell "zur institutionellen Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen", das die Erweiterung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bis knapp unter die Grenze der Parität vorsah⁶¹.

56: der DGB selbst beklagt diese Haltung der Arbeitnehmer in: Mitbestimmung jetzt - und keine halben Sachen S.1 f, Hrsg.: DGB

57: der DGB stellt fest: "Der Griff in den Himmel letzter Werte ist sicherlich nicht falsch. Aber er bleibt an der Oberfläche. Es geht vielmehr um die Machtfrage. Wenn wir als Arbeitnehmer und Gewerkschaften die paritätische Besetzung der Aufsichtsräte großer Unternehmen fordern, so wollen wir an der Macht teilhaben. Wir wollen den Fuß in der Tür haben." vgl DGB aaO S.II

58: sogenannte Biedenkopfkommission

59: BT-Drucks. VI/334 bzw Mitbestimmung im Unternehmen

60: vgl Bericht der Sachverständigenkommission Teil I A I aaO

61: vgl Bericht der Sachverständigenkommission Teil V B II 2

Die Parteien, Gewerkschaften und Unternehmensverbände sowie andere Gruppen und Gruppierungen entwarfen sodann eine Vielfalt von Mitbestimmungsmodellen⁶². Gemeinsam war allen die Vorstellung, daß die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, wie bereits im Montanbereich, im Aufsichtsrat anzusetzen habe. Unterschiede gab es lediglich bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im einzelnen. Alternativen zu einer derartigen Erweiterung der Mitbestimmung wurden ernsthaft nicht entwickelt. Mit der Regierungserklärung vom 18. Januar 1973 setzte die unmittelbare gesetzgeberische Tätigkeit ein. Dort heißt es: "Den Ausbau der Mitbestimmung sehen wir als eine unserer Hauptaufgaben Wir werden das Unternehmensrecht im Sinne der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in dieser Legislaturperiode weiterentwickeln. Jedermann weiß, daß es zwischen den Regierungsparteien unterschiedliche Auffassungen gibt; aber genau so, wie wir uns beim Betriebsverfassungsgesetz verständigt haben, werden wir auch hier eine gemeinsame Lösung finden. Dabei gehen wir vom Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit von Arbeitnehmern und Anteilseignern aus."⁶³

Aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen der Regierungsparteien von SPD und F.D.P. fanden längere Koalitionsverhandlungen statt, die Grundlage für den Regierungsentwurf vom 20. Februar 1974 waren⁶⁴. Der Bundesrat empfahl aus gesetzestechnischen Gründen die Zurücknahme des Entwurfs⁶⁵. Bei den Gewerkschaften, den Arbeitgeberverbänden sowie in der Wissenschaft stieß der Regierungsentwurf ebenfalls überwiegend auf scharfe Kritik⁶⁶. Wäh-

62: vgl Hergt aaO, der 35 Mitbestimmungsmodelle darstellt; auch Bienen RdA 71, 174

63: Sten. Ber. der 7. Sitzg. vom 18.1.73 d. 7. Dt. BT S.131

64: BT-Drucks. 7/2172

65: BT-Drucks. 7/2172 S.31 f

66: Sten.Prot. Nr. 51, 52, 55 u. 62 d. Aussch. f. Arb. u. Sozord. d. 7. Dt. BT; vgl die Äußerungen bei Mayer: Mitbestimmungsgesetz '76- Grenzen und Möglichkeiten S.51 ff, die in der Sache bereits 1974 so vorgetragen wurden

rend den Unternehmensvertretern der Einfluß der Gewerkschaften zu groß war und die Parität zu weit ging, waren die Gewerkschaften gerade entgegengesetzter Meinung. Die Wissenschaft wiederum beklagte die dogmatische Unausgewogenheit des Gesetzes und machte auf die fehlende Übereinstimmung mit dem geltenden Gesellschafts- und Arbeitsrecht aufmerksam⁶⁷. Die Äußerungen der Betroffenen und der Literatur machten eine neue Koalitionsvereinbarung notwendig, die im Dezember 1975 gefunden wurde⁶⁸. Hierbei wurde erstmals der "Arbeitsdirektor" im Leitungsorgan der Unternehmen vorgesehen⁶⁹. Anfang 1976 fanden dann die Abschlußberatungen im federführenden Ausschuß für Arbeit- und Sozialordnung statt. Am 18. März wurde das Mitbestimmungsgesetz 76 nach zweiter und dritter Lesung mit großer Mehrheit vom Bundestag verabschiedet. Nachdem das Gesetz anschließend den Bundesrat passierte, wurde es am 8. Mai 1976 verkündet und trat am 1. Juli 1976 in Kraft.

2. DAS GESETZ

Das Mitbestimmungsgesetz⁷⁰ erfaßt alle inländischen Unternehmen, deren Träger eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit oder eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ist. Weiter ist erforderlich, daß in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer in dem Unterneh-

67: vgl z.B. Rittner JZ 75, 457 ff, eine Zusammenfassung des Gesetzgebungsprozesses und der Einwände im einzelnen findet sich bei Stollreither: Mitbestimmung S.221 ff u. bei Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorbem. Rdn 62 ff

68: vgl Rittner aaO S.149

69: Im RegE war lediglich ein Vorstandsmitglied vorgesehen, das vorwiegend für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig sein sollte.

70: zum folgenden vgl näher Rittner aaO S.166 ff

men beschäftigt werden⁷¹. Mitbestimmungsfrei bleiben trotz Vorliegens der genannten Voraussetzungen die sogenannten Tendenzunternehmen⁷². §1 MitbestG wird durch die §§4 Abs.1,5 MitbestG ergänzt, die sowohl die Kapitalgesellschaft & Co KG als auch den Unterordnungskonzern der Mitbestimmung unterwerfen⁷³, wobei der Gedanke ausschlaggebend war, daß dort die Mitbestimmung ausgeübt werden müsse, wo die maßgebenden Entscheidungen fallen⁷⁴. Das Mitbestimmungsgesetz setzt beim Aufsichtsrat an, weshalb ein solcher auch dort zu bilden ist, wo dies aufgrund des Gesellschaftsrechts bislang nicht notwendig war⁷⁵. Sodann bestimmt das Gesetz die Größe und die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer werden mittels Wahl durch die Belegschaft bestimmt⁷⁶, die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner wie zuvor nach Gesellschaftsrecht gewählt⁷⁷. Im folgenden regelt das Gesetz die Einzelheiten zur Wahl⁷⁸.

Ist der paritätisch besetzte Aufsichtsrat bestellt, so wählt dieser aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter. Findet sich hierbei beim ersten Wahlgang keine Zweidrittelmehrheit, so wählen den Aufsichtsratsvorsitzenden die Anteilseignervertreter, während den Stellvertreter die Arbeitnehmervertreter bestimmen⁷⁹. Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist die Bestellung und Abberufung des zur Vertretung befugten Organs sowie dessen Kontrolle, ersteres allerdings nicht bei der KGaA⁸⁰. Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Ver-

71: vgl §1 Abs.1 MitbestG

72: vgl §1 Abs.4 MitbestG

73: Wlotzke/Wißmann DB 76, 959(961)

74: Raiser MitbestG §5 Rdn 1

75: vgl §6 Abs.1 MitbestG

76: vgl §9 MitbestG

77: vgl §8 MitbestG

78: vgl §§10 - 25 MitbestG

79: vgl §27 Abs.1,2 MitbestG

80: vgl §31 Abs.1,2 MitbestG

setzung befugten Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt, welcher seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben hat⁸¹.

81: vgl. §33 Abs.2 MitbestG

B. RECHTSLAGE IN DEN GESELLSCHAFTEN VOR DEM
MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

I. DIE ORGANE DER AKTIENGESELLSCHAFT

Die Aktiengesellschaft ist als Kapitalgesellschaft körperschaftlich organisiert, dh als juristische Person wird die Gesellschaft durch einzelne natürliche Personen oder organisatorisch zusammengefaßte Personengruppen tätig¹. Sie hat kraft zwingender Vorschrift drei Organe: Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand².

1. DIE HAUPTVERSAMMLUNG

Die Hauptversammlung ist die Versammlung der Aktionäre. In ihr üben sie in der Regel ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft aus³. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung erstreckt sich auf die im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich genannten Punkte⁴. Man darf trotz der nicht allzu großen Befugnisse die Möglichkeiten der Hauptversammlung dennoch nicht unterschätzen. So bleiben der Vorstand und der Aufsichtsrat, wenn auch nicht in ihren einzelnen Handlungen, so doch in ihrer Gesamtstellung vom Willen der Hauptversammlung abhängig. Die Aufsichtsratsmitglieder werden, mit Ausnahme der Vertreter der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz, von der Hauptversammlung gewählt und uU abberufen. Der Aufsichtsrat wiederum bestellt die Mitglieder des Vorstandes, ebenso widerruft er die Bestellung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes⁵. Als wichtiger Grund in

1: Würdinger: Aktien- und Konzernrecht S.99, vgl auch Rittner: Die werdende juristische Person S.210 ff

2: Hueck: Gesellschaftsrecht S.139

3: vgl §118 AktG

4: vgl §119 AktG; Hueck aaO S.164

5: vgl §85 AktG

diesem Sinne galt schon immer der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung⁶.

2. DER AUFSICHTSRAT

Der Aufsichtsrat ist notwendiges Organ der Gesellschaft. Seine Aufgaben sind weit und vielfältig. Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist erstens das Überwachen der Geschäftsführung des Vorstandes⁷. Maßnahmen der Geschäftsführung selbst können ihm allerdings nicht übertragen werden⁸, wenngleich möglich ist, daß der Vorstand bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vornehmen darf⁹. Zweitens ist ausschließlich der Aufsichtsrat für die Bestellung und den Widerruf der Vorstandsmitglieder zuständig¹⁰.

Bestellt und abberufen werden die Mitglieder des Aufsichtsrats zu 2/3 von der Hauptversammlung¹¹, während 1/3 von der Arbeitnehmerschaft entsandt wird¹². Der Aufsichtsrat ist somit in erster Linie das Organ, über das die Aktionäre ihren Einfluß auf die Geschäfts- und Personalpolitik ausüben. Er trägt aufgrund seines konzeptionellen Status einen Teil der unternehmerischen Entscheidungen, die sich auf sämtliche wesentlichen Fragen der Unternehmenspolitik auswirken¹³.

6: vgl §86 Abs.3 AktG

7: vgl §111 Abs.1,2 AktG

8: vgl §111 Abs.4 Satz 1 AktG

9: vgl §111 Abs.4 Satz 2 AktG

10: vgl §84 AktG

11: vgl §101 Abs.1 AktG

12: vgl §76 BetrVG

13: Badura/Rittner/Rüthers: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten S.49

3. DER VORSTAND

a. GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS

Der Vorstand ist das dritte zwingend vorgeschriebene Organ der Aktiengesellschaft. Er leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung¹⁴, ist also weder an Weisungen des Aufsichtsrats, noch der Hauptversammlung, noch einzelner Aktionäre gebunden. Hiermit ist die interne Funktion des Vorstandes als zwingende Zuständigkeit und unabdingbare Pflicht umschrieben¹⁵.

Grundlegende Maßnahmen der Geschäftsführung, die die Funktion des Unternehmens und seine Rechtsform berühren, wie Eingliederungen, Verschmelzungen, Vermögensübertragungen, Umwandlungen als auch alle Maßnahmen der Kapitalbeschaffung bedürfen allerdings eines Beschlusses der Hauptversammlung¹⁶. Begründet ist dies nicht primär in einer Beschränkung der Geschäftsführung, sondern vielmehr in dem der Hauptversammlung eigenem Recht, allein für Satzungsänderungen zuständig zu sein. Darüber hinaus ist der Vorstand verpflichtet, die von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossenen Maßnahmen auszuführen¹⁷, dh innerhalb der Geschäftsführung entsprechend tätig zu werden¹⁸.

Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so sieht das Gesetz vor, daß sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt sind¹⁹. Diese in der Praxis schwerfällige und nicht immer geeignete Bestimmung ist nicht zwingend. Soll Abweichendes gelten, so muß dies in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Vorstandes enthalten sein²⁰. Bestimmte Aufgaben sind

14: vgl §76 Abs.1 AktG

15: Würdinger aaO S.108

16: vgl §119 AktG

17: vgl §83 Abs.2 AktG

18: Baumbach/Hueck AktG §83 Anm 5

19: vgl §77 Abs.1 AktG

20: vgl §77 Abs.1 Satz 2 AktG

jedoch vom Gesamtvorstand zu verantworten. Insoweit ist stets die Beschlußfassung durch alle Mitglieder des Organs notwendig²¹. So obliegen beispielsweise die Sorge um die Buchführung²², die Aufstellung des Jahresabschlusses²³, die Abfassung des Geschäftsberichts²⁴ und des Abhängigkeitsberichts²⁵ und die Pflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit²⁶ dem Gesamtvorstand. Gleiches gilt für die Berichterstattungspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat²⁷ sowie die Pflicht zur Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen²⁸.

Durch Satzung oder Geschäftsordnung des Vorstandes kann bestimmt sein, daß der Vorstand immer oder in bestimmten Fällen durch Mehrheitsbeschluß entscheidet. Ebenso kann vorgesehen sein, daß bestimmte Mehrheiten oder Einstimmigkeit für bestimmte Arten von Geschäftsführungsmaßnahmen erforderlich sind²⁹. Ferner besteht die Möglichkeit, daß gegen den Willen einer bestimmten Minderheit, ja sogar gegen den Willen nur eines Mitglieds des Vorstands beabsichtigte Handlungen der Geschäftsführung nicht vorgenommen werden dürfen³⁰. Kraft Gesetzes ist allerdings nicht zulässig, daß ein Mitglied oder eine Minderheit gegen die Mehrheit desselben entscheidet³¹.

Vor allem kann, was in der Praxis die Regel ist, durch Geschäftsordnung eine Teilung der Zuständigkeit in bestimmte Bereiche vorgenommen werden³². Die so entstande-

21: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §77 Anm 2

22: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §91 Anm 2,3

23: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §91 Anm 4, Mellerowicz in Großkomm. AktG §148 Anm 3

24: vgl §§160, 343 AktG

25: vgl §312 AktG, vgl Mellerowicz in Großkomm. AktG §148 Anm 3

26: vgl §92 AktG, vgl Meyer-Landrut in Großkomm. AktG Anm 9

27: vgl §90 AktG

28: vgl §83 AktG

29: Godin/Wilhelmi AktG §77 Anm 3; Gessler AktG §77 Anm 3

30: Baumbach/Hueck AktG §77 Anm 8

31: vgl §77 Abs.1 Satz 2 2.Halbs. AktG

32: zur Zuständigkeit für den Erlaß einer Geschäftsordnung vgl §77 Abs.2 AktG

nen Arbeitsgebiete und Geschäftsbereiche werden den einzelnen Vorstandsmitgliedern zugewiesen. In einer solchen Zuteilung liegt die Erteilung der Alleingeschäftsführungsbefugnis für diesen Bereich, was faktisch eine Beschränkung der Geschäftsführung für die anderen Vorstandsmitglieder insofern enthält, als diese sich insoweit geschäftsordnungsmäßig eines Eingriffs zu enthalten haben³³. Das gilt mit der Maßgabe, daß kein Vorstandsmitglied von einem bestimmten Geschäftsbereich völlig ausgeschlossen werden kann und daß die übrigen Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, ihre Bedenken zu äußern und Abhilfe zu schaffen, wenn ein Vorstandsmitglied versagt oder seine Pflicht verletzt³⁴.

b. VERTRETUNG

Nach außen vertritt der Vorstand die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich³⁵. Eine Ausnahme besteht insoweit, als bei Rechtsgeschäften und Streitigkeiten zwischen der Aktiengesellschaft und den Mitgliedern des Vorstandes der Aufsichtsrat die Interessen der Gesellschaft wahrnimmt³⁶.

Entsprechend der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis bestimmt das Gesetz den Grundsatz, daß, bei Bestehen des Vorstandes aus mehreren Personen, diese nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind³⁷. Anderes kann aufgrund der Satzung geregelt sein³⁸. Auch bei Gesamtvertretung ist möglich, daß ein Vorstandsmitglied durch die anderen Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt wird³⁹. Auf

33: Würdinger aaO S.107

34: Würdinger aaO S.107

35: vgl §78 Abs.1 AktG

36: vgl §112 AktG

37: vgl §78 Abs.2 Satz 1 AktG

38: vgl §78 Abs.2 Satz 1, Abs.3 AktG

39: vgl §78 Abs.4 Satz 1 AktG

diese Weise kann aber nicht die gesamte Vertretungsmacht übertragen werden⁴⁰, da dies eine Abänderung der gesetzlichen Regelung bedeuten würde. Der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt nicht für Willenserklärungen, die gegenüber der Gesellschaft abzugeben sind. Vielmehr genügt die Abgabe gegenüber irgendeinem Vorstandsmitglied⁴¹.

Die Satzung kann entweder selbst die Vertretungsbefugnis bestimmen, oder sich einzelner Regelungen enthalten, aber dabei den Aufsichtsrat entsprechend ermächtigen. Auf diese Weise ist möglich, daß alle Vorstandsmitglieder oder einzelne von ihnen allein zur Vertretung der Gesellschaft befugt werden⁴². Die Einzelvertretungsbefugnis ist in der Praxis wegen ihrer Gefährlichkeit für die Gesellschaft allerdings wenig üblich⁴³. Eine Ausnahme macht lediglich der Vorstandsvorsitzende, dem das Alleinvertretungsrecht häufig eingeräumt wird⁴⁴. Auch kann bestimmt sein, daß ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem anderen Mitglied zur Vertretung befugt sein soll⁴⁵. Es ist auch möglich, daß bestimmte Vorstandsmitglieder gemeinsam mit einem Mitglied, andere dagegen nur gemeinsam mit zwei oder mehr Vorstandsmitgliedern Vertretungsbefugnis erhalten. Nicht aber kann vorgesehen sein, daß ein oder mehrere Vorstandsmitglieder von der Vertretungsmacht ganz ausgeschlossen oder auf bestimmte Arten von Geschäften beschränkt sein sollen. Das eine wäre mit der Stellung als Mitglied des Vertretungsorgans nicht vereinbar, das andere widerspräche §82 Abs.1 AktG⁴⁶, denn nach außen kann die Vertretungsmacht des Vorstandes nicht beschränkt werden. Im Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft sind diese jedoch verpflichtet, die Ein-

40: Baumbach/Hueck AktG §78 Anm 14

41: vgl §78 Abs.2 Satz 2 AktG; Baumbach/Hueck AktG §78 Anm 7

42: Schlegelberger/Quassowski AktG §71 Rdn 10

43: Schlegelberger/Quassowski AktG §71 Rdn 10

44: Baumbach/Hueck AktG §78 Anm 10

45: Schlegelberger/Quassowski §71 Rdn 11

46: Baumbach/Hueck AktG §78 Anm 5

schränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft, insbesondere in der Satzung sowie in der Geschäftsordnung des Vorstandes getroffen worden sind⁴⁷.

c. AUFGABEN DES VORSTANDES

Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten⁴⁸. Die Leitung ist mehr als lediglich eine zusammenfassende begriffliche Bestimmung dessen, was das Gesellschaftsrecht unter Geschäftsführung einerseits und Vertretung andererseits versteht, auch wenn die Geschäftsführung als ein noch so umfassender Handlungsvorgang definiert wird, und die Vertretung im Außenverhältnis als unbeschränkbar geregelt ist⁴⁹. Das Recht und die Pflicht zur Leitung der Gesellschaft läßt dem Vorstand darüber hinaus Unternehmerfunktion zukommen⁵⁰. Er ist berufen, aus eigener Verantwortung und aus eigenem Recht den Gang und die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft zu bestimmen⁵¹. In allen das Unternehmen betreffenden Fragen ist dem Vorstand selbständige Entscheidungsbefugnis zuerkannt, von ihm geht in der Regel die Initiative aus⁵², er hat das Tätigwerden der Gesellschaft im großen und im kleinen wesentlich selbst zu bestimmen⁵³.

Wie der Vorstand das Unternehmen im einzelnen zu leiten hat, wessen Bedürfnisse und Interessen dabei zu beachten sind, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Primär hat sich die Unternehmensleitung jedoch am Prinzip der Ren-

47: vgl §82 Abs.2 AktG

48: vgl §76 Abs.1 AktG

49: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §76 Anm 2

50: Leo AG 60, 261

51: Schlegelberger/Quassowski AktG §70 Rdn 2

52: Baumbach/Hueck AktG §76 Anm 6

53: Rittner in: Festschrift für Ernst Gessler S.139(150)

tabilität zu orientieren. Denn arbeitet das Unternehmen nicht rentabel, so kann weder dem Interesse der Allgemeinheit an einer funktionierenden Wirtschaft und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zu angemessenen Preisen, noch dem der Arbeitnehmer an hohem Lohn bei gleichzeitiger Arbeitsplatzsicherung nachgekommen werden⁵⁴. Dennoch sind Interessenkonflikte möglich, ja die Regel. Eine Entscheidung hat der Vorstand von Fall zu Fall in eigener Verantwortung unter Abwägung aller Umstände zu treffen⁵⁵, wobei er sich nicht durch einseitige Bevorzugung leiten lassen darf⁵⁶.

d. SORGFALTPFLICHT UND VERANTWORTLICHKEIT

Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung zwingend⁵⁷ die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden⁵⁸. Der Einwand eines Vorstandsmitgliedes, es sei zur Führung der Geschäfte nicht befähigt oder es fehlen ihm die erforderlichen Kenntnisse, befreit es nicht von der von ihm erwarteten Sorgfalt⁵⁹.

Aus der der Gesellschaft gegenüber bestehenden Treuepflicht ergibt sich für die Vorstandsmitglieder eine Verschwiegenheitspflicht bezüglich aller vertraulichen Angaben über die Gesellschaft⁶⁰. Der Umfang bestimmt sich aus dem Zweck der Vorschrift⁶¹. Sie dient dem Schutz der Gesellschaft, sei es ihrer Wettbewerbsfähigkeit oder ihrem Ansehen und erstreckt sich auf alle geschäftlichen Vorhaben, geschäftspolitischen Ziele sowie

54: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §76 Anm 11

55: Farthmann BB 68, 473(475)

56: Schilling in Großkomm. AktG §93 Anm 10

57: Godin/Wilhelmi AktG §93 Anm 4

58: vgl §93 Abs.1 AktG

59: Schilling in Großkomm. AktG §93 Anm 9

60: Baumbach/Hueck AktG §84 Anm 5

61: §93 Abs.1 Satz 2 AktG

auf Gegenstand, Verlauf und Ergebnis von Beratungen etc⁶².

Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Obliegenheiten schuldhaft, so hat es Schadensersatz zu leisten⁶³. Hierbei ist zu beachten, daß der Vorstand aufgrund seines Rechts und seiner Pflicht, die Gesellschaft zu leiten, alle möglichen Maßnahmen treffen darf und soll, die er für die Gesellschaft und ihren Gegenstand als nötig und förderlich ansieht. Dabei muß ihm, seiner kreativen Aufgabe entsprechend, ein hinreichender Spielraum, auch für einen Irrtum, verbleiben⁶⁴. Demnach kann wegen der Gewagtheit eines Geschäftes allein weder von einem Handeln zum Nachteil der Gesellschaft noch von einer Verletzung der Sorgfaltspflicht gesprochen werden, wenn die Möglichkeit bestand, daß sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen werde⁶⁵. Ist durch Satzung oder Geschäftsordnung den einzelnen Vorstandsmitgliedern ein bestimmter Geschäftsbereich zugewiesen, so haftet jedes Mitglied zunächst nur für die ihm zugewiesene Tätigkeit. Die Haftung eines anderen Mitglieds kommt nur bei dessen eigenem Verschulden in Betracht, denn selbst ein Geschäftsverteilungsplan kann das einzelne Vorstandsmitglied nicht von seiner Gesamtverantwortung, von seiner allgemeinen Überwachungspflicht befreien⁶⁶.

e. BESTELLUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder obliegt ausschließlich⁶⁷ dem Aufsichtsrat⁶⁸. Als körperschaftlicher Akt erfolgt die Bestellung durch Beschluß des Aufsichtsrats,

62: Schilling in Großkomm. AktG §93 Anm 11

63: vgl §93 Abs.2 Satz 1 AktG

64: Rittner aaO S.154

65: Schilling in Großkomm. AktG §93 Anm 15

66: Schilling in Großkomm. AktG §93 Anm 21

67: vgl Hueck aaO S.146

68: vgl §84 Abs.1 AktG

welcher der zu bestellenden Person mitzuteilen ist und von dieser angenommen werden muß⁶⁹. Eine Ausnahme von der alleinigen Bestellungszuständigkeit des Aufsichtsrats macht allerdings §85 AktG. Danach hat in dringenden Fällen das Gericht auf Antrag bei Fehlen eines erforderlichen Vorstandsmitglieds ein solches zu bestellen. Die Ersatzbestellung beschränkt sich nicht auf den Fall, daß ein zur Vertretung erforderliches Mitglied fehlt, sondern greift bereits dann ein, wenn eine Geschäftsführungsmaßnahme dies erforderlich macht⁷⁰.

Die Bestellung als Vorstandsmitglied darf höchstens für die Dauer von fünf Jahren erfolgen⁷¹. Eine Wiederholung der Bestellung oder eine Verlängerung der Amtszeit ist unter Beachtung der gesetzlichen Beschränkungen zwar zulässig, muß aber stets in der freien Entschließung des Aufsichtsrats liegen⁷². Im Gegensatz zur fünfjährigen Höchstgrenze bestimmt das Gesetz keine Mindestdauer für die Bestellung zum Vorstand, weshalb der Aufsichtsrat unterhalb der Fünfjahresgrenze grundsätzlich frei ist. Dennoch darf die Bestellung nicht für einen solch kurzen Zeitraum erfolgen, daß der Vorstand in eine dauernde Abhängigkeit des Aufsichtsrats gerät. Ausgenommen sind allerdings Probezeitbestellungen oder Bestellungen, für die sich eine kurzfristige Dauer aus besonderen Gründen ergibt⁷³.

Das Gesetz bestimmt gewisse persönliche Eigenschaften als Voraussetzung für die Bestellung zum Vorstand. Mitglied des Vorstandes kann nur eine natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Person werden⁷⁴. Durch die Satzung können weitere persönliche Merkmale bestimmt werden. So kann beispielsweise vorgesehen sein, daß das Vorstandsmitglied

69: Würdinger aaO S.103

70: vgl Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt: Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung S.67 f

71: vgl §84 Abs.1 Satz 1 AktG

72: Baumbach/Hueck AktG §84 Anm 5

73: Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt aaO S.80

74: vgl §76 Abs.3 AktG

männlichen Geschlechts, deutscher Staatsangehöriger, Aktionär der Gesellschaft, inländischer Wohnungsinhaber etc sein muß⁷⁵. Durch solche Satzungsbestimmungen darf allerdings der Kreis der bestellbaren Personen nicht so eng gezogen werden, daß dem Aufsichtsrat eine Auswahl unmöglich gemacht wird⁷⁶.

f. WIDERRUF DER BESTELLUNG

Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied widerrufen⁷⁷. Diese unabdingbare Voraussetzung für den Widerruf garantiert dem Vorstand eine gewisse Unabhängigkeit von Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Wann im einzelnen ein wichtiger Grund vorliegt, bestimmt das Gesetz nicht abschließend. Genannt sind grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung sowie der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung⁷⁸. Allgemeine Grundsätze zur Feststellung weiterer wichtiger Gründe lassen sich nicht aufstellen.

g. ANSTELLUNGSVERTRAG

Der Anstellungsvertrag regelt das schuldrechtliche Verhältnis des Vorstandsmitglieds zur Gesellschaft. Allein zuständig für dessen Gestaltung ist der Aufsichtsrat. Dies ergibt sich aus der Verweisung des §84 Abs.1 Satz 5 AktG, die sich auf alle vier vorhergehenden Sätze bezieht⁷⁹. In der Regel hat ein Ausschuß des Aufsichtsrats durch Beschluß zu entscheiden, daß ein dem Inhalt nach

75: Godin/Wilhelmi AktG §75 Anm 7

76: Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt aaO S.68

77: vgl §84 Abs.3 Satz 1 AktG

78: vgl §84 Abs.3 Satz 2 AktG

79: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §84 Anm 5

festgelegter Anstellungsvertrag mit einer bestimmten Person abgeschlossen werden soll. Von diesem Beschluß ist der Abschluß des Anstellungsvertrags zu unterscheiden, für welchen der Aufsichtsrat ebenfalls zuständig ist⁸⁰. Durch den Anstellungsvertrag darf der Aufsichtsrat in seiner Freiheit, nach Ablauf von fünf Jahren eine Neueinstellung vorzunehmen, nicht beeinträchtigt sein. So dürfen beispielsweise nicht unangemessene Pensionszahlungen⁸¹ oder die Weiterzahlung des vollen Gehalts für die Zeit nach der Vorstandstätigkeit im Anstellungsvertrag vereinbart sein⁸². Für seine Dauer gilt §84 Abs.1 Satz 1 AktG sinngemäß, weshalb der Lauf des Anstellungsvertrages auf fünf Jahre beschränkt ist. Nach einer Wiederbestellung ist jedoch eine ausdrückliche Wiederholung des Anstellungsvertrages nicht erforderlich⁸³. Vielmehr genügt eine automatische Verlängerungsklausel.

Wie Bestellung und Anstellung begrifflich zu unterscheiden sind, so ist auch die Kündigung vom Widerruf zu unterscheiden. Während der Widerruf nur die körperschaftliche Rechtsstellung beseitigt, betrifft die Kündigung die gegenseitigen Verpflichtungen im Innenverhältnis. Auch sind Widerruf und Kündigung in den Voraussetzungen nicht gleich. So ist für den Widerruf der Bestellung ein wichtiger Grund erforderlich, während die Kündigung des Anstellungsvertrages sich nach allgemeinen Vorschriften regelt⁸⁴. Allerdings besteht eine tatsächliche Wechselwirkung zwischen Bestellung und Anstellung, zwischen Widerruf und Kündigung, da das eine nur mit Rücksicht auf das andere vorgenommen wird. So wird im Zweifel der Ausspruch einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund einen Widerruf der Bestellung und der Widerruf der Bestellung eine fristlose Kündigung enthalten⁸⁵.

80: vgl. §112 AktG

81: BGH NJW 57, 1278

82: BGHZ 8, 348 ff(366)

83: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §84 Anm 11

84: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §84 Anm 41

85: Godin/Wilhelmi AktG §84 Anm 15

II. DIE ORGANE DER GMBH

Die GmbH hat vieles mit der Aktiengesellschaft gemein. Sie ist wie diese juristische Person, Kapitalgesellschaft, wenn auch mit personalistischem Einschlag, und Handelsgesellschaft ohne Rücksicht auf den von ihr verfolgten Zweck. Ferner haften ihre Mitglieder wie die Aktionäre für die Gesellschaftsschulden nicht persönlich. Auch haben die hier relevanten Gesellschaften wie die Aktiengesellschaft einen Aufsichtsrat⁸⁶. Vergleichbar dem Vorstand dort sind hier die Geschäftsführer der GmbH.

Erhebliche Unterschiede finden sich jedoch in der rechtlichen Ausgestaltung der Verhältnisse der Organe zueinander. Bei der GmbH sind die Kompetenzen zwischen den Gesellschaftern, dem Aufsichtsrat und der Geschäftsführung anders geregelt als bei der Aktiengesellschaft zwischen Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

1. DIE GESELLSCHAFTER

Die Rechte der Gesellschafter, insbesondere hinsichtlich der Führung der Geschäfte, bestimmen sich nach dem Gesellschaftsvertrag, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen⁸⁷. Die Gesamtheit der Gesellschafter ist das oberste Organ der GmbH, sie besitzt Kompetenz-Kompetenz⁸⁸. Neben einigen zwingenden Zuständigkeiten⁸⁹ haben die Gesellschafter freie Hand in der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung ihrer Zuständigkeiten. Sollte der Gesellschaftsvertrag nichts derartiges regeln, so sieht §46 GmbHG vor, welche Angelegenheiten der Bestimmung der Ge-

86: Nach §77 BetrVG ist eine GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bilden.

87: vgl §45 GmbHG

88: vgl Hölterers BB 78, 640(643)

89: vgl Klaus/Mittelbach: Die GmbH & Co KG S.110

sellschafter unterliegen. Von besonderem Interesse sind hier die Nummern 5,6 und 7, wonach die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie deren Entlastung den Gesellschaftern obliegt, sie die Regeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführer bestimmen und die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb bestellen.

2. DER AUFSICHTSRAT

Die nun vom Mitbestimmungsgesetz erfaßten Gesellschaften hatten bereits bisher einen Aufsichtsrat, denn eine GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern ist nach §77 BetrVG 52 verpflichtet, einen solchen zu bestellen. Die Befugnisse dieses Aufsichtsrats sind in §77 Abs.1 Satz 2 BetrVG 52 durch Einzelverweisungen auf das Aktiengesetz erschöpfend aufgezählt. Der Kompetenzbereich des Aufsichtsrats der GmbH ist enger als bei der Aktiengesellschaft⁹⁰. Diesem obliegt lediglich die Überwachung der Geschäftsführung. Er kann Berichte verlangen, Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, die Gesellschafter einberufen etc⁹¹. Geschäftsführungsbefugnisse dürfen dem Aufsichtsrat dagegen nicht übertragen werden, auch stehen ihm keine Weisungsbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung zu⁹². Widersprechen sich Maßnahmen des Aufsichtsrats und Weisungen der Gesellschafter, so gehen die Weisungen der Gesellschafter vor⁹³, da durch die Einführung des Aufsichtsrats durch das Betriebsverfassungsgesetz 1952 das innere Gefüge der GmbH nicht verändert wurde⁹⁴.

90: Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG §77 BetrVG 52 Anm 10

91: vgl näher Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG 52 Anm 10

92: Schmidt in Hachenburg GmbHG §52 Anh I Anm 35

93: Hueck BB 53, 325

94: Schilling in Hachenburg GmbHG Einl Anm 35

3. DIE GESCHÄFTSFÜHRUNG

Die Geschäftsführung, die zumindest aus einem Geschäftsführer bestehen muß, ist das vom Gesetz geforderte ordentliche ständige Vertretungsorgan der Gesellschaft⁹⁵. Die Vertretung umfaßt den gerichtlichen und außergerichtlichen Bereich⁹⁶. Sie kann im Verhältnis zu Dritten nicht beschränkt werden⁹⁷, so daß die Geschäftsführung der GmbH im Außenverhältnis dieselbe Stellung hat wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft. In der Frage der Gesamt- und Einzelvertretung ist dem Gesellschaftsvertrag ein weiterer Spielraum zugestanden, so daß hinsichtlich möglicher Gestaltungen auf oben verwiesen werden kann⁹⁸.

Im Innenverhältnis hat die Geschäftsführung eine andere rechtliche Stellung als der Vorstand der Aktiengesellschaft, da eine dem §76 Abs.1 AktG entsprechende Vorschrift im GmbH-Recht fehlt. Es können dieser nicht nur beliebige Beschränkungen auferlegt werden⁹⁹, sondern darüber hinaus ist die Geschäftsführung den Weisungen der Gesellschafter unterworfen¹⁰⁰, die im konkreten Fall auch Einzelweisungen erteilen können¹⁰¹. Das eigentliche Willensbildungsorgan sind die Gesellschafter, die Geschäftsführung kann zur bloßen Exekutive werden.

Die Bestellung des oder der Geschäftsführer erfolgt entweder im Gesellschaftsvertrag oder gemäß §§46 ff GmbHG durch Beschluß der Gesellschafter.

Die Bestellung eines Geschäftsführers kann grundsätzlich jederzeit und ohne Angaben von Gründen durch die Gesellschafter widerrufen werden¹⁰². Wenn auch für den Wider-

95: Schilling in Hachenburg GmbHG §35 Anm 3

96: vgl §35 Abs.1 GmbHG

97: vgl §37 Abs.2 GmbHG

98: vgl oben S.22 f

99: vgl §37 Abs.1 GmbHG; Baumbach/Hueck GmbHG §37 Anm 2 A

100: Schilling in Hachenburg GmbHG §37 Anm 1

101: Scholz GmbHG §37 Rdn 1

102: vgl §38 Abs.1 GmbHG

ruf Willkür nicht genügen dürfte¹⁰³, so sind doch vernünftige sachliche Erwägungen ausreichend, ein wichtiger Grund hingegen ist nicht erforderlich¹⁰⁴. Strengere Voraussetzungen des Widerrufs können allerdings im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden¹⁰⁵.

Wie bei der Aktiengesellschaft wird bei der GmbH die körperschaftliche Organstellung der Geschäftsführer von deren Innenverhältnis zur Gesellschaft unterschieden. Insofern läßt sich auf bereits Ausgeführtes verweisen¹⁰⁶. Ergänzt sei nur, daß der Anstellungsvertrag trotz § 77 BetrVG 52 von den Gesellschaftern abgeschlossen wird, regelt der Gesellschaftsvertrag nichts anderes¹⁰⁷.

III. DIE ÜBRIGEN GESELLSCHAFTEN

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird zwar vom Mitbestimmungsgesetz erfaßt, spielt aber im Hinblick auf den Arbeitsdirektor keine Rolle, da sie von der Pflicht zur Bestellung eines solchen ausdrücklich ausgenommen ist¹⁰⁸.

Die von § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG weiter genannten Unternehmensträger, nämlich die bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, sollen im folgenden vernachlässigt werden, da sie erstens in der Praxis nur eine geringe Rolle spielen, und zweitens die dort entstehenden Fragen ihnen nicht spezifisch sind, sich also ebenso bei der Aktiengesellschaft oder der GmbH stellen.

103: Scholz GmbHG § 38 Rdn 5

104: Baumbach/Hueck GmbHG § 38 Anm 2 A

105: vgl § 38 Abs. 2 Satz 1 GmbHG

106: vgl oben S. 27 f

107: Baumbach/Hueck GmbHG Anh Anm 1

108: vgl § 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG

C. DER ARBEITSDIREKTOR

I. DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN

Es finden sich drei gesetzliche Bestimmungen, deren Inhalt der Arbeitsdirektor ist.

Die erste Vorschrift ist §13 MontanMitbestG:

(1) Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt. Der Arbeitsdirektor kann nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der nach §6 gewählten Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden. Das gleiche gilt für den Widerruf der Bestellung.

(2) Der Arbeitsdirektor hat wie die übrigen Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung.

Einige Jahre später folgte §13 MitbestErgG:

Für die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs und für den Widerruf ihrer Bestellung gelten §75 des Aktiengesetzes und §13 Abs.1 Satz 1 des Mitbestimmungsgesetzes. §13 Abs.2 des Mitbestimmungsgesetzes findet Anwendung.

Die vorliegend besonders interessierende Vorschrift ist §33 des Mitbestimmungsgesetzes 76:

(1) Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt. Dies gilt nicht für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

(2) Der Arbeitsdirektor hat wie die übrigen Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung.

(3) ...

Ein Vergleich der Vorschriften zeigt, daß ihr Wortlaut zum Teil identisch ist. So sind Abs.1 Satz 1 des §13 MontanMitbestG und des §33 MitbestG bis auf die Worte "des Unternehmens" gleichlautend. Auch §13 MitbestErgG macht sich diesen Abs.1 Satz 1 zu eigen, da er ausdrücklich auf §13 Abs.1 Satz 1 MontanMitbestG verweist. Demnach haben alle drei Vorschriften folgenden gemeinsamen Wortlaut: "Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt." Zu prüfen ist, ob die Identität der Vorschriften über den Wortlaut hinausgeht, oder sich auf diesen beschränkt, ob Übereinstimmung in der Sache besteht, oder ob inhaltlich Unterschiedliches beschrieben wird. Hierbei soll der im übrigen unterschiedliche Text der Bestimmungen zunächst außer acht bleiben.

1. GRAMMATIKALISCHE BETRACHTUNG

Der übereinstimmende Gebrauch des Wortes "Arbeitsdirektor" zwingt nicht zu einer inhaltlichen Identität, da sprachlich dieser Begriff mehrere Deutungen zuläßt¹. Denkbar ist, daß damit eine Persönlichkeit bezeichnet werden soll, die als Exponent der Arbeitnehmerschaft oder der Gewerkschaften in das Vertretungsorgan der Gesellschaften gesandt wird. Ferner könnte man darunter ein Mitglied des Vertretungsorgans verstehen, das sich von den anderen Mitgliedern nur durch die Art seiner Bestellung unterscheidet, wie beispielsweise die Arbeitnehmervertreter von den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat, im übrigen aber mit den gleichen Rechten und Pflichten ausgestattet ist. Ebenso läßt sich denken, daß die Bezeichnung als Arbeitsdirektor besagen soll, daß das so benannte Mitglied im Vertretungsorgan mit

1: vgl hierzu Kerb: Der Arbeitsdirektor. Seine Rechtsstellung im Gesellschafts- und Arbeitsverfassungsrecht S.74 f

der Geschäftsführung und Verwaltung der sozialen Angelegenheiten der Gesellschaft betraut ist, daß der Titel "Arbeitsdirektor" lediglich ein Hinweis auf ein bestimmtes Arbeitsgebiet ist, so wie es sich mit den Bezeichnungen "kaufmännischer-" oder "technischer Direktor" verhält.

Welche der drei angedeuteten Möglichkeiten von welchem Gesetz intendiert ist, ob ein und dieselbe Bedeutung für alle drei Gesetze gleichermaßen zutrifft oder ob es Unterschiede gibt, läßt sich allein aufgrund grammatikalischer Betrachtung nicht sagen. Es gilt deshalb für jeden der in Frage stehenden Paragraphen, den Begriff "Arbeitsdirektor" eigens zu definieren, um so unter Umständen Abweichungen feststellen zu können.

2. HISTORISCHE BETRACHTUNG

a. §13 MONTANMITBESTIMMUNGSGESETZ

Der Begriff "Arbeitsdirektor" hat sich in der Montanindustrie zunächst praeter legem für ein bestimmtes Vorstandsmitglied eingebürgert². Er entstand in den frühen Nachkriegsjahren und tauchte zum ersten Mal in der Vereinbarung auf, die zwischen der von der North German Iron and Steel Control eingesetzten Treuhandsverwaltung und den Gewerkschaften Ende 1946 getroffen wurde³. Der Arbeitsdirektor war in den sogenannten "entflochtenen Werken" vorgesehen, die in den Jahren 1947 und 1948 auf Anordnung der Besatzungsmächte gebildet wurden⁴. Er wurde neben dem technischen und dem kaufmännischen Direktor gleichberechtigt zum dritten Vorstandsmitglied be-

2: Kötter MontanMitbestG §13 Anm 3

3: vgl Die Neuordnung der Eisen- und Stahlindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Bericht der Stahltreuhändervereinigung S.82 f, Denkschrift der Konzerne, abgedr. S.524(551) und Stellungnahme der Treuhandverwaltung im Auftrag der North German Iron and Steel Control, abgedr. S.561(599)

4: vgl Boldt MontanMitbestG §13 Anm 1, auch BB 47, 175(178)

stellt. Die Person des Arbeitsdirektors wurde von den Gewerkschaften benannt⁵, denn zu dieser Zeit entsprach es allgemeiner Ansicht, daß die Arbeitnehmer bzw. die Gewerkschaften maßgebend an der Leitung der Montanunternehmen beteiligt werden sollten⁶. Die Beibehaltung eines derartigen Arbeitsdirektors wurde eine der Hauptforderungen der Gewerkschaften bei der Diskussion über die endgültige Neuordnung der Montanindustrie⁷. So sahen die von Sachverständigen und Vertretern des DGB aufgestellten Richtlinien über die Mitbestimmung in der Kohle und Eisen schaffenden Industrie vom 27. Januar 1951 obligatorisch einen Arbeitsdirektor vor⁸. Nach dem Regierungsentwurf vom 30. Januar 1951⁹ war ein solcher ebenfalls als Vorstandsmitglied zu bestellen. Mit der Verabschiedung des Gesetzes am 21. Mai 1951¹⁰ wurde in § 13 MontanMitbestG der Arbeitsdirektor erstmals Gesetz.

Diese Entwicklung beschreibt den Weg eines anfänglich vertraglichen Konsenses zwischen den Gewerkschaften, Unternehmen und Alliierten bis zur gesetzlichen Normierung durch den Bundestag. Der materielle Gehalt blieb während des Prozesses stets derselbe, geändert hat sich dabei dessen Form, die Qualität der Rechtsverbindlichkeit des Arbeitsdirektors. Inhaltlich ging es darum, einen vom Vertrauen der Arbeitnehmer, insbesondere der Gewerkschaften, getragenen Mann in die Vertretungsorgane der Gesellschaften zu entsenden. So wurde nach Inkrafttreten des Gesetzes das den Arbeitnehmern eingeräumte Vetorecht¹¹ gegen die Bestellung eines bestimmten Arbeitsdirektors von Anfang an als Vorschlagsrecht der Ge-

5: vgl. Stahltreuhänderbericht aaO S. 83

6: Potthoff: Der Kampf um die Montan-Mitbestimmung S. 44; Potthoff/Blume/Duvernell: Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 35

7: vgl. Boldt MontanMitbestG § 13 Anm. 1 vgl. auch Stahltreuhänderbericht aaO S. 258 f.

8: abgedr. bei Höcker/Johannsen MontanMitbestG III C 2 S. 1 ff.

9: BT-Drucks. 1/1858, vgl. auch Kötter MitbestErgG Anh. S. 183 ff.

10: BGBl. I S. 34

11: vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestG

werkschaften gehandhabt¹². Daher ist es geradezu selbstverständlich, daß alle Arbeitsdirektoren vor ihrer Bestellung aktive Mitglieder einer Gewerkschaft waren. Ohne Ausnahme haben sie sich in der gewerkschaftlichen Organisation besonders bewährt und deren engeres Vertrauen erworben¹³. Auch nachdem sie als Arbeitsdirektoren in die Vertretungsorgane berufen wurden, behielten sie in der Regel ihre Mitgliedschaft in der Gewerkschaft bei.

b. §13 MITBESTIMMUNGSERGÄNZUNGSGESETZ

Nach langer Diskussion hat die Bundesregierung im März 1951 einen Vorschlag zur Neuordnung der Gesellschaften im Montanbereich vorgelegt, der auch die Bestätigung der Alliierten fand¹⁴. Die Montanbetriebe sollten selbständige Gesellschaften bleiben, aber in geschäftsführenden Obergesellschaften zusammengefaßt werden. Während für die Gewerkschaften selbstverständlich war, daß für die Vertretungsorgane der Obergesellschaften ein Arbeitsdirektor im bisherigen Sinn zu bestellen sei, wurde diese Vorstellung von seiten der Anteilseigner, die inzwischen wieder zu Besitz gekommen waren, hart bekämpft. So sah der Regierungsentwurf des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes¹⁵, der im September 1954 vorgelegt wurde, einen Arbeitsdirektor nicht vor. Man war weitgehend der Ansicht, daß die Bestellung eines von der Arbeitnehmerseite kommenden Arbeitsdirektors zu einem Übergreifen der Mitbestimmung nach dem Montanmitbestimmungsgesetz auf von die-

12: Bericht der Sachverständigenkommission BT-Drucks. VI/334 vgl auch Mitbestimmung im Unternehmen Teil III B III 3

13: Voigt/Weddigen: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung, Bd I S.212; der gewerkschaftlich gebundene Arbeitsdirektor muß angeblich zehn Prozent seines Monatseinkommens abführen, vgl Martens in: Die Zeit - Nr.45 - 2.November 1979 S.27

14: vgl hierzu und zum folgenden näher Potthoff/Blume/Duvernell aaO S.46 ff; vgl zur Praxis in den Obergesellschaften vor Inkrafttreten des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes den Stahltreuhänder - bericht aaO S.259 f

15: BT-Drucks. 2/986

sem nicht erfaßte Tochtergesellschaften führen könne, was aber zu vermeiden galt¹⁶. Eine andere Auffassung vertrat der Entwurf des Abgeordneten Sabel in §15 Satz 2 sowie die Vertreter der Länder im Bundesrat, die sich für eine Übernahme des Arbeitsdirektors im Sinne des §13 MontanMitbestG in das neue Gesetz ausgesprochen haben¹⁷. Die vom Ausschuß für Arbeit gefundene Lösung, welche letztlich vom Bundestag übernommen und Gesetz¹⁸ wurde, spiegelt das damalige gesellschafts- und sozialpolitische Kräfteverhältnis deutlich wider. "Der Ausschuß ist keinem der Vorschläge gefolgt, sondern hat einen Kompromiß zwischen den gerade in der Frage des Arbeitsdirektors stark entgegengesetzten Auffassungen darin gesucht, daß der Arbeitsdirektor zwar als Ressort des Vorstandes gesetzlich festgelegt ist, seine Bestellung sich aber in keiner Weise von der der übrigen Vorstandsmitglieder unterscheidet. Damit glaubt die Mehrheit des Ausschusses einerseits dem sozialen Anliegen nach einer besonderen Betreuung der im Konzern arbeitenden Menschen durch ein Mitglied des Vorstandes der Obergesellschaft Rechnung getragen, andererseits die Bedenken gegen die Bindung der Bestellung und Abberufung des Arbeitsdirektors an die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in ausreichender Weise ausgeräumt zu haben."¹⁹

Der Gesetzgeber von 1956 hat jedoch nicht seiner Intention Entsprechendes als Gesetzestext formuliert. Vielmehr hat er in §13 MitbestErgG auf §13 Abs.1 Satz 1 MontanMitbestG Bezug genommen, nicht dagegen aber auf die qualifizierte Voraussetzung des Satz 2 verwiesen²⁰. Diese Gesetzestechnik stiftet jedoch eher Verwirrung als sie

16: Fitting BARbBl 56, 499(508)

17: vgl Potthoff aaO S.128 ff

18: BGBI I S.707

19: schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit BT-Drucks. 2/42. Teil, 2387, S.4

20: vgl hierzu die Glosse "Geheimwissenschaft" in NJW 56, 1307

der Klarheit dient. Ist dadurch der historisch gewachsene und entsprechend verstandene Begriff "Arbeitsdirektor" aus dem Montanmitbestimmungsgesetz übernommen worden oder handelt es sich aufgrund des Verzichts auf die besondere Bestellungs voraussetzung um etwas neu Geschaffenes? Eine Entscheidung läßt sich an Hand des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes selbst nicht treffen, da der vom Gesetzgeber eingegangene Kompromiß offen ist. Es wurde bewußt auf die Übernahme von Vorstellungen der einen oder anderen Seite verzichtet, so daß der "gefundene Kompromiß" gerade in dem Verzicht auf eine Entscheidung liegt. Mit Recht wird auf den formalen Positionsverlust der Arbeitnehmerseite und der Gewerkschaften hingewiesen²¹; hierauf kommt es aber nicht an, wurde doch jahrelang ein Arbeitsdirektor in den entflochtenen Werken von seiten der Gewerkschaften gestellt, ohne daß es eine entsprechende formal-gesetzliche Position gegeben hätte. Beim Arbeitsdirektor des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes ist letztlich also nicht der Verlust formaler Bestellungs voraussetzungen entscheidend, sondern vielmehr die normierende Kraft des Faktischen. Die gesetzgeberische Zurückhaltung, das Ermöglichen der qualitativen Ausfüllung des §13 MitbestErgG durch die Praxis machte das Mitbestimmungsergänzungsgesetz politisch überhaupt durchsetzbar.

Mit dem Entstehen neuer Konzernverhältnisse durch die Gründung von Holdinggesellschaften entstand die Gefahr einer Aushöhlung der Mitbestimmung in den abhängigen Konzerngesellschaften²². Den Gewerkschaften und den ihnen nahestehenden Kreisen ging es um die Erhaltung der zwischenzeitlich dort seit Jahren praktizierten Mitbestimmung. So verstand man das Mitbestimmungsergänzungsgesetz nicht als eine Erweiterung der Montanmitbestimmung, sondern vielmehr als eine Stabilisierung, ja Ver-

21: z.B. Fitting BArbBl 56, 499(508 f), Boldt MitbestErgG §13 Rdn 7
22: Potthoff aaO S.85 f

teidigung bereits früher zugestandener Rechte²³. Für die Gewerkschaften gab es daher keinerlei Zweifel, in welchem Sinne §13 MitbestErgG zu verstehen sei. "Aufgrund des hohen Organisationsgrades der Belegschaft und der qualifizierten Funktionäre in den Betrieben der Montanindustrie"²⁴ wurde der Einfluß der Arbeitnehmer bei der Bestellung von Arbeitsdirektoren stets erhalten. Der Verzicht auf die qualitativen Bestellungs Voraussetzungen war nur rechtsdogmatischer Natur, der in der Praxis zu keiner Zeit in entsprechender Weise Auswirkungen gezeigt hat. Die gesetzliche Lösung war zwar ein erfreulicher Schritt der Rückkehr zu einer normalen Vorstandsorganisation, doch wurde bereits damals nicht angenommen, was sich im Laufe der Jahre bestätigt hat, daß der paritätisch zusammengesetzte Aufsichtsrat jemals von der geübten Praxis abweichen werde²⁵. So bedeutete die formale Einbuße an Mitbestimmung zu keiner Zeit einen materiellen Nachteil für die Arbeitnehmerseite und wurde als solcher auch nicht verstanden²⁶.

Der Arbeitsdirektor des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes und des Montanmitbestimmungsgesetzes sind somit identisch. Nicht ist etwa der eine eine Abart des anderen, weshalb die Einteilung in zwei Gattungen von Arbeitsdirektoren als lediglich theoretisch erscheint, wenn nicht gar verfehlt ist²⁷. Es handelt sich auch hier um eine von den Gewerkschaften bestimmte Persönlichkeit, die als deren Exponent einen zusätzlichen Mitbestimmungsfaktor in den Holdinggesellschaften darstellt.

23: Potthoff aaO S.113, Vetter in: Montanmitbestimmung, Geschichte, Idee, Wirklichkeit, Hrsg.: Judith/Kübel/Loderer/Schröder/Vetter, S.7(11)

24: Judith in: Montanmitbestimmung, Geschichte, Idee, Wirklichkeit, Hrsg.: Judith/Kübel/Loderer/Schröder/Vetter, S.1(74)

25: Kötter MitbestErgG §13 Anm 2, ähnlich Boldt MitbestErgG §13 Rdn 7

26: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 6

27: Boldt AG 56, 8(11) unterscheidet zwar, erkennt aber zugleich deren nur theoretische Bedeutung.

c. §33 MITBESTIMMUNGSGESETZ 76

Die Entwicklung des §33 MitbestG ist nicht so eindeutig und klar wie die der beiden anderen Bestimmungen. Die Ende der 60iger Jahre verstärkt einsetzende ethisch-soziologisch-politische Diskussion um die Einführung der Mitbestimmung in allen Bereichen der Wirtschaft beschäftigte sich zunächst nur mit Grundsätzlichem. Zur Institution "Arbeitsdirektor" wurde Konkretes in der Regel nicht vorgetragen. Bald machte der DGB Vorschläge in Form eines Gesetzentwurfs "über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Großunternehmen und Großkonzernen"²⁸, welcher sich stark an die Montanmitbestimmung anlehnte. So sah der Entwurf vor, daß für den Vorstand ein Arbeitsdirektor zu bestellen sei, welchen der DGB im Sinne des §13 MontanMitbestG verstand²⁹. Ende 1968 folgte der Entwurf eines "Gesetzes über die Unternehmensverfassung" der SPD-Bundestagsfraktion³⁰. Hier war ein Arbeitsdirektor nicht vorgesehen. Vielmehr sollte ein Mitglied des Vorstandes vorwiegend mit Personal- und Sozialangelegenheiten befaßt sein, wobei alle Mitglieder des Vorstandes mit einer Zweidrittelmehrheit vom Aufsichtsrat zu bestellen waren. 1970 veröffentlichte die von der Bundesregierung eingesetzte Sachverständigenkommission ihren Bericht³¹. Über den ihr eigentlich erteilten Auftrag hinausgehend³², entwarf auch sie ein Mitbestimmungsmodell. Die Kommission empfahl, "die Vertretung der Personal- und Sozialangelegenheiten im Vorstand des Unternehmens durch ein dafür berufenes Vorstandsmitglied gesetzlich vorzuschreiben."³³ Sie hatte zwar aufgrund der

28: abgedr. bei Schwerdtfeger: Mitbestimmung in privaten Unternehmen S.117

29: vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 7

30: BT-Drucks. V/3657

31: BT-Drucks. VI/334 bzw. Mitbestimmung im Unternehmen

32: vgl. Rittner in: Mitbestimmung - Ordnungsselement oder politischer Kompromiß, Hrsg.: Böhm/Briefs S.158 ff(164), vgl. auch Bericht der Sachverständigenkommission aaO Teil I A II

33: Bericht der Sachverständigenkommission aaO Teil V A 2

durchgeführten Anhörungen den Eindruck, ein gesetzlicher Zwang sei eigentlich nicht erforderlich, da sich in den Unternehmen die Auffassung durchgesetzt habe, daß die selbständige Vertretung der Personal- und Sozialangelegenheiten innerhalb des Geschäftsführungsorgans richtig sei³⁴. Dennoch befürwortete die Kommission eine Festschreibung, um der Gleichgewichtigkeit von Kapital und Arbeit institutionell auch im Vertretungsorgan des Unternehmens gesetzlich Geltung zu verschaffen. Ein Arbeitsdirektor im Sinne der Montanmitbestimmung war hierbei aber nicht vorgesehen. Die Mitglieder der Kommission sowie ihre ständigen Berater waren vielmehr übereinstimmend der Auffassung, daß die Homogenität des Vorstandes gewahrt werden müsse, weil andernfalls die Leitung des Unternehmens nicht funktionieren könne, denn nicht der Vorstand als Leitungs-, sondern der Aufsichtsrat als Kontrollorgan sei für eine Gruppenrepräsentation geeignet³⁵.

Im April 1974 legte die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes "über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer" vor³⁶. Der einschlägige §30 RegE lautet wie folgt: "Ein Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs muß vorwiegend für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig sein." §30 RegE entspricht mit dieser Formulierung dem Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion sowie den Empfehlungen der Sachverständigenkommission.

In der Begründung führt der Gesetzentwurf aus, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer solle unter weitgehender Wahrung der Prinzipien des Gesellschaftsrechts eingeführt werden. Keineswegs beabsichtigt sei, schon im Zusammenhang mit der neuen Mitbestimmungsregelung auch das Unternehmensrecht umfassend neu zu gestalten³⁷.

34: Bericht der Sachverständigenkommission aaO Teil V B III 1

35: Biedenkopf: Mitbestimmung S.83

36: BT-Drucks. 7/2172

37: BT-Drucks. 7/2172 S.17

Vielmehr sei man ausdrücklich darum bemüht, das geltende Gesellschaftsrecht soweit als möglich unangetastet zu lassen³⁸. Damit erteilte der Regierungsentwurf den wiederholten Forderungen des DGB nach Einführung eines Arbeitsdirektors entsprechend dem Vorbild des §13 MontanMitbestG eine Absage. So wurde das mit den Personal- und Sozialangelegenheiten zu befassende Vorstandsmitglied nicht als Arbeitsdirektor bezeichnet, das den Prinzipien des Gesellschaftsrechts widersprechende Quasi-Entsendungsrecht der Gewerkschaften wurde nicht übernommen.

Gegen den Regierungsentwurf als Ganzes wurden mehrfach verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Insbesondere vertrat man die Auffassung, daß der Gesetzentwurf nicht mit Art.14 GG und Art.9 Abs.3 GG vereinbar sei. Der Bundesjustizminister gab aufgrund dieser Kritik zwei Gutachten in Auftrag, die von Scholz³⁹ und Th. Raiser⁴⁰ erstellt wurden. Ferner bemühte sich der Bundestagsausschuß für Arbeit und Sozialordnung durch Anhörung mehrerer Sachverständiger um eine Klärung der strittigen Fragen⁴¹. Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich vorgebrachten Auffassungen kam es Anfang Dezember 1975 zu einer neuen Koalitionsvereinbarung. Hierbei erhielt §30 RegE den in §33 MitbestG zum Gesetz gewordenen Wortlaut. Im Ausschlußbericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung heißt es: "Es handelt sich daher hier nicht um einen Arbeitsdirektor nach dem Vorbild des Montanmitbestimmungsgesetzes. ... Ein Antrag der Abgeordneten Dr. Blüm, Müller (Remscheid), Zink, das im Montanmitbestimmungsgesetz enthaltene besondere Bestellungsverfahren für den Arbeitsdirektor in das Mitbestimmungsgesetz zu übernehmen, wurde vom Ausschuß mit großer Mehrheit abgelehnt.

38: BT-Drucks. 7/2172 S.33

39: Scholz: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz

40: Raiser, Th: Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung

41: vgl näher Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorbem Rdn 74 ff

Der Ausschuß war mit Mehrheit der Ansicht, daß es im Interesse des Unternehmens und des sozialen Friedens in den Betrieben liegt und dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgedankens entspricht, wenn zwischen dem Arbeitsdirektor und der Arbeitnehmerschaft ein Vertrauensverhältnis besteht. Zu dieser Beurteilung berechtigen die Erfahrungen mit dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz, das ebenfalls ein besonderes Bestellungsverfahren für den Arbeitsdirektor nicht kennt. Der Arbeitsdirektor ist ein gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs. Der Ausschuß geht davon aus, daß der Arbeitsdirektor einen Kernbereich von Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen hat. Die Ausschußmehrheit sprach sich gegen die im Regierungsentwurf enthaltenen und von der CDU/CSU unterstützte Regelung aus, wonach das Gesetz den Aufgabenbereich eines für Personal- und Sozialfragen zuständigen Mitglieds des Vertretungsorgans umschreiben sollte. Die Mehrheit war der Auffassung, daß mit solchen Umschreibungen für die unternehmerische Praxis nichts Wesentliches gewonnen würde, und daß insoweit ein gewisser Spielraum für die Entwicklung in den Unternehmen offenbleiben sollte."⁴²

Dieser Text weist alle Merkmale einer Kompromißformulierung auf⁴³. Insbesondere der Hinweis auf das Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist in diesem Zusammenhang unklar, läßt aber vermuten, daß während der Koalitionsverhandlung selbst Uneinigkeit über den Gehalt der Institution "Arbeitsdirektor" bestand. So wurde denn auch gleich nach der neu gefundenen Vereinbarung die unterschiedliche Interpretation der Koalitionsparteien der Öffentlichkeit vorgetragen. So heißt es in einem Papier der SPD-Frak-

42: BT-Drucks. 7/4845 S.9 f

43: vgl auch Frenkel in: Die Zeit - Nr.44 - 2.November 1979
S.23, der von "Pseudokompromissen" und "Etikettenschwindel" spricht

tion⁴⁴: "Es sollte nicht überbewertet werden, daß es abweichend vom Montanmitbestimmungsgesetz 1951 ein Vetorecht der Mehrheit der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gegen die Bestellung des Arbeitsdirektors nicht geben wird. Im allgemeinen - besonders im Großunternehmen - wird der Arbeitsdirektor gleichwohl von der Arbeitnehmerseite 'kommen', denn: Kein Arbeitsdirektor kann auf Dauer sinnvoll tätig sein, wenn er nicht das Vertrauen der Vertreter der Arbeitnehmer besitzt. Dies läge auch nicht im Interesse des Unternehmens. Auch in den Montankonzernen hat es bisher, ohne daß die Mehrheit der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ein Vetorecht hat, stets von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagene und hiernach auch bestellte Arbeitsdirektoren gegeben." Die F.D.P. betonte dagegen von Anfang an, daß die Bedeutung des Arbeitsdirektors lediglich darin liege, daß die Personalangelegenheiten künftig in der Geschäftsführung ressortmäßig vertreten seien⁴⁵, daß sich also aufgrund des neuen Textes inhaltlich zum ursprünglichen §30 RegE nichts geändert habe.

Das kontroverse Verständnis der Koalitionsparteien über "ihren" Arbeitsdirektor wurde in der 3. Lesung des Mitbestimmungsgesetzes erneut deutlich. Der Abgeordnete Sund (SPD) führte aus: "Es ist auch jedermann klar, daß der Arbeitsdirektor dieses Mitbestimmungsgesetzes rechtlich nicht völlig die gleiche Stellung einnimmt wie der Arbeitsdirektor nach dem Montanmitbestimmungsgesetz. Das Institut 'Arbeitsdirektor' ist vielmehr nach dem Vorbild des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes konzipiert. Dabei können wir uns auf die Erfahrungswerte aus diesem Bereich stützen. Wir sind der festen Überzeugung, daß der Arbeitsdirektor für seine Arbeit das besondere Vertrauen der Arbeitnehmer braucht und ohne ihre dauerhafte Unterstützung auch gar nicht sinnvoll und wirksam arbeiten kann; denn es ist ja gerade seine Aufgabe, die sozialen Belan-

44: vgl Hoffmann BB 76, 1233

45: vgl Hoffmann BB 76, 1233

ge der Belegschaft zu vertreten."⁴⁶ Demgegenüber betonte der Abgeordnete Schmidt (Kempten) (F.D.P.): "... daß wir davon ausgehen - so steht es in §30 -, daß der Arbeitsdirektor ein voll gleichberechtigtes Vorstandsmitglied ist, macht nicht irgendwie Tendenzen in einer Richtung deutlich. Das, was in der Regierungsvorlage mit 'vorwiegend' umschrieben war, machte allerdings Tendenzen in einer bestimmten Richtung deutlich. ... Es geht lediglich darum, daß ein Vorstandsmitglied den Titel 'Arbeitsdirektor' hat, sonst nichts. ... Behauptungen, der Gesetzgeber stelle mit der Neufassung des §30 die Weichen zum Arbeitsdirektor der Montanmitbestimmung, sind also unzutreffend. Hinweise auf Erfahrungen mit dem Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz ändern daran nichts. Der Montanbereich kann wegen seiner Sonderstellung aufgrund der Montanmitbestimmung nach Auffassung der F.D.P. kein Vorbild für andere Wirtschaftszweige sein."⁴⁷

Sind diese zwei sich offen widersprechenden Erklärungen zweier gemeinsam das Gesetz tragender Parteien erstaunlich, so kommt folgendes hinzu: Ein in derselben Sitzung gestellter Antrag der CDU/CSU Bundestagsfraktion, den Inhalt des §30 RegE zum Wortlaut des Gesetzes zu machen, wurde vom Bundestag abgelehnt⁴⁸. Dies ist deshalb verwunderlich, weil bereits zuvor ein von CDU/CSU Mitgliedern im Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung gestellter Antrag, das im Montanmitbestimmungsgesetz vorgesehene besondere Bestellungsverfahren und damit den Arbeitsdirektor der Montanmitbestimmung in das Mitbestimmungsgesetz zu übernehmen, vom Ausschuß zurückgewiesen wurde. Die Verwerfung dieser zwei gegensätzlichen Anträge erscheint widersprüchlich, denn jeder der beiden hätte einer Klarstellung nach der einen oder der anderen Seite gedient.

46: Sten. Bericht d. 23o. Sitzung d. BT vom 18.3.1976, 7.Wahlperiode S.16000

47: Sten. Bericht d. 23o. Sitzung d. BT vom 18.3.1976, 7.Wahlperiode S.16010

48: BT-Drucks. 7/4887 S.5

Hätte man zum einen dem Antrag im Ausschuß stattgegeben, so wäre deutlich, daß es sich um den Arbeitsdirektor der Montanmitbestimmung handelt; wäre zum anderen der Bundestag, nachdem der Antrag im Ausschuß keine Mehrheit fand, dem gegenteiligen Antrag gefolgt, so wäre unzweifelhaft, daß der Arbeitsdirektor im Sinne des §30 RegE gemeint ist.

Das jeweilige Verhalten des Ausschusses und des Bundestages wird in seinen Gründen nur schwerlich deutlich. Die vom Ausschuß für die Ablehnung des Antrags gegebene Begründung erscheint zunächst widersprüchlich. Einerseits wird ausgeführt, daß es sich nicht um einen Arbeitsdirektor nach dem Vorbild des Montanmitbestimmungsgesetzes handle, andererseits wird auf das Mitbestimmungsergänzungsgesetz Bezug genommen. Wie aber gezeigt⁴⁹, ist der Arbeitsdirektor des Montanmitbestimmungsgesetzes und der des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes identisch. Dennoch wird offenbar, daß es sich bei §33 MitbestG nicht um einen Arbeitsdirektor im Sinne der Montanmitbestimmung handelt. Erstens wurde gerade eine dahingehende Klarstellung mehrheitlich abgelehnt, zweitens stellt der Ausschußbericht ausdrücklich fest, das es "hier nicht um einen Arbeitsdirektor nach dem Vorbild des Montanmitbestimmungsgesetzes"⁵⁰ geht.

Der Bericht spricht zwar weiter davon, daß es im Interesse des Unternehmens sei, wenn zwischen dem Arbeitsdirektor und der Arbeitnehmerschaft ein Vertrauensverhältnis bestehe, was aber nichts Neues besagt, da ein gutes Verhältnis zwischen der Unternehmensleitung und der Belegschaft, insbesondere zu dem für das Personal- und Sozialwesen zuständigen Mitglied, stets dem Ganzen dient. Dennoch beruht auf diesem Allgemeinplatz die bisher oft geäußerte Meinung, es sei den Wünschen der Arbeitnehmer

49: vgl. oben S.37ff

50: BT-Drucks. 7/4849 S.9

hinsichtlich der Person des Arbeitsdirektors Rechnung zu tragen. Diese Auffassung verdichtet sich bis zum Anspruch, zum Arbeitsdirektor seien nur solche Personen zu bestellen, die von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagen oder gutgeheißen werden. Insbesondere die Gewerkschaften haben diese Forderung öffentlich vorgetragen, wobei klar gemacht wurde, daß es sich nicht bloß um Mitsprache, sondern um die Durchsetzung inhaltlicher Vorstellungen handele⁵¹. So beispielsweise: "Ohne das Ziel einer umfassenden Demokratisierung der Wirtschaft aus den Augen zu verlieren, wird die IG-Metall alles daran setzen, die wenn auch beschränkten Möglichkeiten des Mitbestimmungsgesetzes 1976 zu nutzen, erklärte Rudolf Judith, geschäftsführendes Vorstandsmitglied der IG-Metall. So werde die Position des Arbeitsdirektors ein wesentlicher Prüfstein für die Erklärungen von Vertretern der Bundesregierung sein, wonach hier Arbeitnehmerinteressen ungeachtet der mangelnden rechtlichen Absicherung zum tragen kommen. Für die IG-Metall könne dies nur heißen, daß die Bestellung und Praxis eines Arbeitsdirektors an den bewährten Grundsätzen der Montanmitbestimmung gemessen werden.

Ungeachtet der gesetzlichen Namensgebung könne als wirklicher Arbeitsdirektor nur ein solches Vorstandsmitglied anerkannt werden, das vom Vertrauen sowohl der betrieblichen als auch der außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter getragen werde. Das setze voraus, daß Vorschläge für die Bestellung eines Arbeitsdirektors nur in Einvernehmen zwischen den Betriebsräten bzw. Gesamtbetriebsräten eines Unternehmens und der IG-Metall gemacht werden. Gerade in dieser Frage werde es auf die gewerkschaftliche Solidarität aller Beteiligten ankommen.

Es sei den Mitgliedern und Funktionären der IG-Metall klar, daß die gewerkschaftlichen Vorstellungen zu der durch den Gesetzgeber geschaffenen Position des Arbeits-

direktors rechtlich nicht abgesichert seien, sondern ausschließlich auf dem festen Willen zur Verwirklichung gewerkschaftlicher Grundsätze der Mitbestimmung beruhten. Alle zukünftigen Arbeitsdirektoren werde die IG-Metall an diesen Grundsätzen als auch an ihrem Verhalten und ihren Leistungen messen."⁵² Derartige Ansichten sind aber keineswegs zwingend und zu undifferenziert, um einer näheren Betrachtung standhalten zu können. Zunächst wurden schon bisher in mehreren großen Unternehmen außerhalb des Montanbereichs Vorstandsmitglieder ohne Beachtung der Mehrheitsmeinung der Arbeitnehmervertreter hauptsächlich mit Personalfragen befaßt, ohne daß sich daraus Einbußen des Unternehmenswohls ergeben hätten⁵³. Entscheidend ist stets, ob der für das Personalwesen zuständige Mann das Vertrauen der Belegschaft in sachlich notwendigem Umfang erwerben kann. Auch verdeutlichen bestimmte Notlagen, in denen unpopuläre Maßnahmen erforderlich sind, daß ein Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitsdirektor und Belegschaft zwar wünschenswert und deshalb anzustreben ist, aber nicht unabdingbare Voraussetzung für die Bestellung eines Kandidaten in dieses Amt sein kann. Ferner kann das angesprochene Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitsdirektor und Belegschaft nicht mit einem solchen zwischen Arbeitsdirektor und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw. den Gewerkschaften a priori gleichgesetzt werden⁵⁴. Zu Recht spricht der Ausschußbericht deshalb nur von einem Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitsdirektor und Arbeitnehmerschaft, aber nicht von einem solchen zwischen Arbeitsdirektor und den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.

Ist nach der erfolgten Negativabgrenzung deutlich, was mit § 33 MitbestG nicht gemeint ist, so bleibt nun der positive Gehalt zu suchen. Eine Lösung bietet sich aufgrund

52: Erklärung des Pressedienstes des IG-Metall vom 24.6.76 abgedr. bei Zöllner DB 76, 1766 (Fn 7)

53: Zöllner DB 76, 1766(1767)

54: Zöllner DB 76, 1766(1767)

folgender Überlegung an: Sieht man die Ablehnung der beiden Anträge der CDU/CSU im Zusammenhang, so gibt es hierfür zwei Erklärungen. Erstens, daß keiner der beiden gegensätzlichen Anträge dem vom Gesetzgeber intendierten Sinn entprochen hat, daß also weder der Arbeitsdirektor der Montanmitbestimmung noch lediglich ein solcher im Sinn des §30 RegE gemeint ist, sondern daß vielmehr inhaltlich ein neuartiger Arbeitsdirektor geschaffen werden sollte. Zweitens käme in Betracht, daß der Gesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, unter den aufgrund historischer Entwicklung gewachsenen, nach allgemeinem Verständnis deutlichen Wortlaut des einen, den materiellen Gehalt des anderen subsumiert wissen will, also §33 MitbestG im Sinne des §30 RegE zu verstehen ist.

Außer dem bereits zitierten Ausschußbericht liegen keine weiteren Materialien vor, die eine der beiden Möglichkeiten als richtig ausweisen könnten. Insbesondere gibt es keine Äußerungen darüber, welche der Koalitionsparteien den Wortlaut des §33 MitbestG in die Verhandlungen im Dezember 1975 eingebracht hat, mit welcher Begründung dies geschah, ob er ein Zugeständnis war, was eventuell als Ausgleich gegeben wurde⁵⁵ und in welchem Zusammenhang er mit dem Ziel der damaligen Koalitionsvereinbarungen stand, deren Bemühen der Sicherung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes galt⁵⁶. So hat man sich an Hand des beschriebenen Materials und unter verständiger Würdigung der Umstände für eine der Möglichkeiten zu entscheiden.

Nichts läßt sich finden, was für die zuerst genannte Alternative sprechen könnte. Weder der Ausschußbericht noch die Äußerungen der Abgeordneten Sund und Schmidt (Kempfen)⁵⁷ enthalten Hinweise, daß mit §33 MitbestG ein qualitativ neuer Arbeitsdirektor geschaffen werden sollte. Auch gab es keinerlei derartige Intention einer gesell-

55: vgl Hoffmann BB 76, 1233(1236)

56: vgl oben S.43

57: vgl oben S.45 f

schaftspolitisch relevanten Gruppe. Der DGB wollte eine Übernahme des Arbeitsdirektors der Montanmitbestimmung, die CDU/CSU sowie die Arbeitgeberverbände entweder einen solchen gar nicht, wenn aber, dann einen Arbeitsdirektor im Sinne des §30 RegE. Selbst in der theoretischen Diskussion gibt es, soweit ersichtlich, kein Modell, auf das sich die erste Alternative stützen ließe, weshalb diese aus der Betrachtung ausscheiden muß.

Die zweite Erklärung ist demnach die richtige. Der Gesetzgeber hat mit dem Wortlaut des §33 MitbestG einen Arbeitsdirektor im Sinne des §30 RegE gemeint, also ein Mitglied des zur Vertretung befugten Organs, das vorwiegend mit Personal- und Sozialangelegenheiten befaßt ist, im übrigen sich aber durch nichts von den anderen Organmitgliedern unterscheidet. Hierfür spricht nicht allein das Ausscheiden aller anderen Möglichkeiten, sondern Weiteres. Der Wortlaut des §30 RegE wurde nicht deshalb nicht Gesetzestext, weil mit ihm der Kern der Sache nicht getroffen worden ist, sondern weil man hierin eine Umschreibung des Aufgabenbereichs sah, durch welche "für die unternehmerische Praxis nichts Wesentliches gewonnen würde, und (weil) insoweit ein gewisser Spielraum für die Entwicklung in den Unternehmen offen bleiben sollte."⁵⁸ Die Nichtbeibehaltung des §30 RegE bedeutet somit keine qualitative Änderung, sondern der Gesetzgeber suchte mit dem Wortlaut des §33 MitbestG eine andere Beschreibung für einen materiell gleichbleibenden Gehalt⁵⁹.

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Lösung spricht letztlich das vorgesehene Bestellungsverfahren für den Arbeitsdirektor. Zunächst sei jedoch auf folgendes hingewiesen: Die formalen Regeln des Bestellungsverfahrens haben für den materiellen Gehalt des Begriffs "Arbeitsdirektor" nur mittelbare Bedeutung, indizielle Wirkung.

58: BT-Drucks. 7/4845 S.9

59: vgl. Raiser BB 76, 145(148 f)

Rückschlüsse vom Verfahren auf das durch das Verfahren Geregelte haben nur die Überzeugungskraft eines Beweises des ersten Anscheins.

Der wie auch immer zu definierende Arbeitsdirektor hat das Bestellungsverfahren zu bestimmen, nicht aber das Bestellungsverfahren die Definition des Arbeitsdirektors. Die Regeln des Verfahrens sind der Versuch des Gesetzgebers, den von ihm einem Rechtsinstitut zugedachten Gehalt zu realisieren. Gesetzgebungstechnisch muß daher zunächst der zu regelnde Gehalt, also das Rechtsinstitut selbst definiert sein. Erst hiernach können Regelungen zur Durchsetzung des so materiell Beschriebenen festgesetzt werden; denn widersinnig wäre ein umgekehrtes Vorgehen, nämlich zuerst zu bestimmen, wie eine Sache zu realisieren ist, ohne die Sache selbst zu kennen.

Hieraus ergibt sich, daß bei Definition einer Sache erst diese selbst bestimmt werden muß, bevor man auf die Regeln zu deren Durchsetzung blickt. Zieht man also vorliegend zur Definition des Begriffs Arbeitsdirektor sogleich das Bestellungsverfahren heran, ohne den Begriff zuvor als solchen bestimmt zu haben, so können sich grobe Fehleinschätzungen ergeben. Dies nämlich dann, wenn dem Gesetzgeber die Umsetzung von Materiellem in adäquat Formelles nicht gelingt, oder er das Verfahren so anlegt, daß das Ziel desselben nicht die Realisierung eines bestimmten Gehalts ist. Zwar entsprechen regelmäßig die Durchsetzungsvorschriften der eigentlich durchzusetzen- den Sache, also das Bestellungsverfahren dem Begriff "Arbeitsdirektor", als Ausnahme ist jedoch auf §13 MitbestErgG hinzuweisen. Dieser enthält für den Arbeitsdirektor nicht wie §13 MontanMitbestG qualifizierte Bestellungs voraussetzungen, obwohl es sich in der Sache um den historisch gewachsenen Arbeitsdirektor des Montanmitbestimmungsgesetzes handelt. Wollte man vom Bestellungsmodus ausgehend den Arbeitsdirektor des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes definieren, so würde man zu einem falschen Ergebnis kommen. Hiernach wäre der Arbeitsdirektor ein Mitglied des Vertretungsorgans wie jedes

andere, was aber gerade nicht der Fall ist⁶⁰ „

Für den Arbeitsdirektor des §33 MitbestG hat der Gesetzgeber keine qualifizierten Bestellungs voraussetzungen vorgesehen⁶¹, seine Bestellung unterscheidet sich durch nichts von der der anderen Mitglieder des Vertretungsorgans. Im Sinne der Regel ist von einer Interdependenz von Gehalt und Bestellungsverfahren auszugehen, so daß es sich auch hiernach beim Arbeitsdirektor des §33 MitbestG um ein gewöhnliches Mitglied des zur Vertretung befugten Organs handelt, dem primär Personal- und Sozialangelegenheiten zu übertragen sind. Dafür, daß der Gesetzgeber beim Verfahren hier eine dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ähnliche Ausnahme gemacht hat, spricht nichts, woran auch die eher verwirrenden Hinweise auf dieses nichts ändern, denn es ist ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, den Montanarbeitsdirektor nicht in das Mitbestimmungsgesetz zu übernehmen.

Ganz im Sinne dieses Ergebnisses hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Mitbestimmungsurteil vom 1. März 1979 geäußert: "§33 MitbestG sieht ein besonderes Bestellungsverfahren für den Arbeitsdirektor nicht vor; insoweit bleibt es bei der für alle Mitglieder des Vertretungsorgans geltende Regelung des §31 MitbestG. Anders als §13 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestG, jedoch in Übereinstimmung mit §13 Mitbestimmungsergänzungsgesetz, schließt §33 MitbestG eine Bestellung des Arbeitsdirektors gegen die Stimmen der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht aus. Hieran besteht nach dem Wortlaut der Norm kein Zweifel. Auch im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung ist dargelegt, daß es sich im Fall des §33 MitbestG nicht um einen Arbeitsdirektor nach dem Vorbild des Montanmitbestimmungsgesetzes handele; ... Zwar ist nicht auszuschließen,

60: vgl. oben S. 37 ff., ähnlich auch Boldt MitbestErgG §13 Rdn 7, Kötter MitbestErgG §13 Anm 2

61: Meyer-Landrut DB 76, 387

daß die Anteilseignerseite bei der Bestellung des Arbeitsdirektors zur Vermeidung eines Konflikts mit den Arbeitnehmern auf die Auffassung der Arbeitnehmermitglieder des Aufsichtsrats Bedacht nehmen wird, ... Das ändert aber nichts an der verfassungsrechtlichen Beurteilung, nach der die Regelung den Erfordernissen rechtsstaatlicher Klarheit und Bestimmtheit genügt."⁶²

II. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS

1. ALLGEMEINES

Gemäß §33 Abs.1 Satz 1 MitbestG wird als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs ein Arbeitsdirektor bestellt. Eine gesetzlich institutionalisierte Abhängigkeit des Arbeitsdirektors von der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat besteht nicht. Vielmehr unterliegt der Arbeitsdirektor dem selben Bestellungsverfahren wie die anderen Mitglieder des Vertretungsorgans⁶³.

Nach §31 Abs.1 Satz 1 1.Halbs. MitbestG bestimmt sich die Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans sowie deren Widerruf nach den §§84, 85 AktG. §84 Abs.1 Satz 1 AktG sieht vor, daß der Aufsichtsrat die Bestellung der Vorstandsmitglieder vornimmt. Gemäß §108 Abs.1 AktG hat der Aufsichtsrat durch Beschluß zu entscheiden. Nach Aktiengesetz bedarf es für die Beschlußfassung nicht der Einstimmigkeit, sondern es genügt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen⁶⁴, was den allgemeinen Grundsätzen der Willensbildung von Kollegialorganen entspricht. Ausnahmsweise kann die Satzung für bestimmte Beschlüsse ei-

62: BVerfGE 50, 290(379)

63: Mayer: Mitbestimmungsgesetz '76 - Grenzen und Möglichkeiten
S.41 f, Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 14 f

64: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §108 Anm 3

ne qualifizierte Mehrheit vorsehen, aber nur sofern diese nicht die gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats betreffen⁶⁵. Da es sich gerade bei der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans um eine unabdingbare Aufgabe des Aufsichtsrats handelt, bleibt es insoweit stets bei dem Erfordernis der einfachen Mehrheit. Würde der Arbeitsdirektor nach diesen Regeln bestellt, so entspräche dies sowohl seiner Rechtsstellung als gleichberechtigtem Mitglied des Vertretungsorgans als auch den Wertungsmaßstäben des bisher geltenden Gesellschaftsrechts. Obwohl das Mitbestimmungsgesetz letzteres beibehalten will⁶⁶, ergeben sich gerade im Bestellungsverfahren vom Bisherigen erhebliche Abweichungen. Dem Gesetzgeber waren die dargestellten Bestellungs Voraussetzungen des Aktienrechts offensichtlich nicht intentionsäquivalent, weshalb er sie durch neue Wertungsmaßstäbe ersetzte.

Auf die besondere Bedeutung der Auswahl von Vorstandsmitgliedern hatte bereits die Sachverständigenkommission hingewiesen. So ließe sich "im Unterschied zur Mitwirkung des Aufsichtsrats in Fragen der Unternehmenspolitik bei der Frage der Auswahl der Vorstandsmitglieder ... in noch stärkerem Maße von einer 'Gleichberechtigung' der Anteilseigner und der Arbeitnehmer sprechen. Für die Anteilseigner bedeute die Auswahl der Führungskräfte des Unternehmens zugleich die Auswahl derjenigen Personen, die durch ihr konkretes Handeln den Erfolg der unternehmerischen Veranstaltung bestimmen, zu deren Durchführung die Anteilseigner haftendes Kapital zur Disposition des Unternehmens gestellt haben. Für die Arbeitnehmer bedeute die Auswahl der Führungskräfte eine inhaltliche Beeinflussung der 'Verfügung' über die zur Disposition des Unternehmens gestellten Arbeitskräfte."⁶⁷ So soll das Be-

65: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §108 Anm 3, Baumbach/Hueck AktG §108 Anm 4

66: vgl BT-Drucks. 7/2172 S.17

67: Bericht der Sachverständigenkommission aaO Teil V B II 3

stellungsverfahren, "soweit dies im Interesse der Funktionsfähigkeit des Unternehmens nur irgend vertretbar ist, gewährleisten, daß die Leitung des Unternehmens sowohl durch die Anteilseigner als auch durch die Arbeitnehmer legitimiert ist."⁶⁸

Seinen gesetzestechnischen Ausdruck fand die gesetzgeberische Zielvorstellung in §31 Abs.1 Satz 1 2.Halbs. MitbestG. Hiernach gilt §84 AktG nur soweit, als sich aus den Absätzen 2 bis 5 des §31 MitbestG nichts anderes ergibt. §31 Abs.2 MitbestG sieht aber insoweit anderes vor, als alle Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs mit einer Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Stimmen der Mitglieder des Aufsichtsrats zu bestellen sind. Hieraus ergibt sich, daß es dem Gesetzgeber des Mitbestimmungsgesetzes nicht darum ging, ein von Gesetzes wegen besonders enges Verhältnis zwischen Arbeitsdirektor und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat herzustellen. Vielmehr sollen alle Mitglieder des Vertretungsorgans vom Vertrauen beider Bänke im Aufsichtsrat getragen werden.

Aufgrund der Zweidrittelmehrheit haben die Arbeitnehmervertreter einen weitaus größeren Einfluß auf die Besetzung des Vertretungsorgans als nach dem Montanmitbestimmungsgesetz⁶⁹. Ist dort nur der Arbeitsdirektor vom Wohlwollen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abhängig⁷⁰, so werden die anderen Mitglieder des Vertretungsorgans nach den Regeln des Aktiengesetzes bestellt. Zur Erreichung der Zweidrittelmehrheit ist notwendig, wenn auch nicht die absolute Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter, so doch stets, daß alle über diese hinausgehenden verbleibenden Stimmen auf den zur Wahl gestellten Kandidaten entfallen. Enthält sich nur ein Aufsichtsratsmitglied seiner Stimme, so kann die erforder-

68: Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172 S.28

69: wie hier Schwegler B1StSozArbR 76, 168(169)

70: vgl §13 Abs.1 Satz 2 MontanMitbestG

liche Mehrheit nicht erreicht werden. Genügt nach §13 Abs.1 Satz 2 MontanMitbestG für die Ablehnung eines Kandidaten, daß die Mehrheit der Arbeitnehmerbank gegen diesen stimmt, so ist hier für die Bestellung erforderlich, daß bis genau auf die Mehrheit alle verbleibenden Stimmen der Arbeitnehmervertreter auf den Bewerber entfallen, gegen den die Mehrheit ihrer eigenen Bank stimmt. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Wahlverhaltens ist in der Praxis gering. Realistischer ist, daß, kann sich die Arbeitnehmerbank nicht zu einem geschlossenen Votieren entscheiden⁷¹, sich die Minderheit nicht der Mehrheit entgegenstellen, sondern sich der Stimme enthalten wird, womit eine Mehrheit von zwei Drittel nicht erreicht werden kann⁷². Letztlich unverständlich ist deshalb die Kritik des DGB, der zwar zutreffend feststellt, es gebe keinen vom besonderen Vertrauen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat getragenen Arbeitsdirektor, was ein Verlust an Mitbestimmung gegenüber dem Montanbereich darstelle⁷³, ist doch §31 Abs.2 MitbestG aus gewerkschaftlicher Sicht ein beachtlicher Fortschritt, da die Einflußmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter hinsichtlich der Besetzung des gesamten Vertretungsorgans erheblich verstärkt worden sind.

Hat auch §31 Abs.2 MitbestG nicht den Sinn, daß jede Gruppe abwechselnd einen Kandidaten in das Vertretungsorgan schickt, so erscheint eine ähnliche Entwicklung doch nicht als ausgeschlossen⁷⁴. Selbst wenn von Ge-

71: auch BVerfGE 50, 290(329) rechnet in der Regel mit einem geschlossenen Abstimmungsverhalten

72: Bei einem AR von 12 (16,20) Mitgliedern sind 2/3 8 (11,14), die sich zusammensetzen können aus 6 (8,10) Anteilseignervert. und 2 (3,4) Arbeitnehmervert. Es bleiben auf der Arbeitnehmerseite 4 (5,6) Vertr. übrig, also genau die Mehrheit. Man sieht: ist genau die Mehrheit der Arbeitnehmervert. gegen einen Kandidaten und enthält sich ein in der Minderheit befindlicher Arbeitnehmervert., so ist die erforderliche Zweidrittelmehrheit nicht zu erreichen.

73: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorbem. Rdn 70

74: auch BVerfGE 50, 290(331) räumt dies ein

werkschaftsseite beteuert wird, daß eine Situation, in der der Vorstand etwa nach Proporz paritätisch besetzt werden solle, nicht entstehe, daß auf solche Gedanken nur kommen könne, wer nicht wisse, wie es tatsächlich in der Wirtschaft zugehe⁷⁵, gewinnt eine derartige Vorstellung nicht weniger an Wahrscheinlichkeit. Denn was liegt näher als, kann man sich qualitativ nicht einigen, quantitative Kompromisse einzugehen⁷⁶.

Kommt eine Zweidrittelmehrheit im Aufsichtsrat für einen Kandidaten nicht zustande, so ist ein weiteres Verfahren in §31 MitbestG vorgesehen, das letztlich den Einsatz der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden ermöglicht⁷⁷. Dadurch sind die Anteilseigner rechtlich in der Lage, sich stets gegen die Arbeitnehmerbank durchzusetzen und haben so die Möglichkeit, ein Durchschlagen der zahlenmäßigen Parität zu verhindern⁷⁸. "Wie sich (jedoch) die Mitbestimmung ... in der Zukunft auswirken wird, ist ungewiß. ... zu den Faktoren, die diese Unsicherheit begründen, (gehören) vor allem die Bedingungen für eine Kooperation in den einzelnen Unternehmen. Diese kann das Gesetz nur institutionell ermöglichen und anregen, nicht aber herstellen, obwohl es auf sie entscheidend ankommt."⁷⁹ Besteht auf beiden Seiten Bereitschaft zu loyaler Zusammenarbeit, so wird von den Möglichkeiten des §31 Abs.3 und 4 MitbestG kaum Gebrauch gemacht werden müssen. Wird die Atmosphäre im Unternehmen allerdings von gegenseitigem Mißtrauen oder gar Feindschaft beherrscht, so wird man sich durch den Einsatz der Zweitstimme in ständige Konfliktbereitschaft begeben müssen, was wohl das Zweitstimmverfahren zur Regel werden ließe. Dies wäre insbe-

75: Rosenberg in: Mitbestimmung, Wirtschaftsordnung, Grundgesetz, Hrsg.: Vetter S.342

76: so auch z.B. Martens ZGR 77, 422(430 ff), Buchner DB 75, 33(35), vgl auch Christ in: Die Zeit - Nr.47 - 16.November 1979 S.28

77: vgl hierzu näher unten S.61

78: vgl hierzu auch Rittner in: FAZ vom 23.Juni 1979, 7)

79: BVerfGE 50, 290(331)

sondere mit Rücksicht auf die im Interesse des Unternehmens notwendige Zusammenarbeit nicht wünschenswert⁸⁰.

2. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS IN DER AKTIENGESELLSCHAFT

a. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS DURCH DEN AUFSICHTSRAT

Die Bestellung zum Arbeitsdirektor ist ein körperschaftlicher Akt, durch den die Person zum Organmitglied berufen wird. Damit erhält sie diese Rechtsstellung im Verhältnis zu Dritten sowie zur Gesellschaft⁸¹. Zuständig für die Bestellung ist ausschließlich und zwingend der Aufsichtsrat⁸².

Das Vorschlagsrecht ist gesetzlich nicht geregelt, weshalb jedes Aufsichtsratsmitglied Vorschläge für die Wahl unterbreiten kann⁸³. Da für einen erfolgreichen Vorschlag eine Zweidrittelmehrheit erforderlich ist⁸⁴, ist es selbstverständliche Praxis, Vorschläge zuvor mit anderen Aufsichtsratsmitgliedern und mit dem Vorstand abzustimmen⁸⁵. Der Arbeitsdirektor kann sowohl von der Arbeitnehmer- als auch von der Anteilseignerseite zur Wahl gestellt werden. Es besteht insoweit für keine der beiden Bänke eine gesetzliche Präferenz⁸⁶. Inwieweit die gesetzliche Neutralität faktisch wird, wird die Zukunft zeigen.

Im Grundsatz gibt es zwei alternative Möglichkeiten⁸⁷.

80: vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorbem Rdn 101

81: Gessler AktG §84 Anm 5

82: §31 Abs.2 MitbestG i.V.m. §107 Abs.3 AktG

83: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 7

84: maßgebend ist nicht die Soll-, sondern die Istmitgliederzahl, vgl. Raiser MitbestG §31 Rdn 14, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 15

85: vgl. Reich B1StSozArbR 76, 176(179)

86: vgl. BVerfGE 50, 290(379)

87: Es geht hier und im folgenden allein um deren Darstellung, nicht hingegen um deren Wahrscheinlichkeit, denn in der Praxis wird man sich regelmäßig in Vorgesprächen einigen.

Soll einerseits der Arbeitsdirektor im ersten Wahlgang mit der hierfür erforderlichen Zweidrittelmehrheit gewählt werden, so ist sicher, daß dieser von der Arbeitnehmerseite kommen wird. In diesem Fall können die weiteren Mitglieder des Vorstands nach dem Prinzip des "do ut des" bestellt werden⁸⁸, was letztlich auf eine paritätische Besetzung des Vorstands hinausliefe. Soll andererseits die "Parität" des Aufsichtsrats nicht auf den Vorstand durchschlagen, so müßte sich die Anteilseignerseite konsequent auf Kampf abstimmungen einrichten. Dies aber würde der Intention des Gesetzes zuwiderlaufen, denn nicht Konfrontation sondern Einigung, wenn auch unter Sachzwang, entspricht dessen Konzeption⁸⁹.

Findet sich für den Arbeitsdirektor im ersten Wahlgang nicht die erforderliche Zweidrittelmehrheit, so schließt sich ein weiteres Verfahren an. Gemäß §31 Abs.3 MitbestG hat innerhalb eines Monats nach dem ersten Wahlgang der nach §27 Abs.3 MitbestG mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden, seinem Stellvertreter sowie je einem weiteren Mitglied der Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter besetzte Ausschuß⁹⁰ dem Aufsichtsrat einen Vorschlag zu machen. Der so empfohlene Kandidat muß die Mehrheit im Ausschuß gefunden haben. Bei Stimmengleichheit kommt ein Vorschlag nicht zustande, das doppelte Stimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gibt es hier nicht⁹¹. Der vom Ausschuß gemachte Vorschlag kann auch den Bewerber benennen, der im ersten Wahlgang eine Zweidrittelmehrheit nicht fand. Auch schließt der Ausschußvorschlag weitere Vorschläge nicht aus, welche im Regelfall allerdings aufgrund der Einigung des paritätisch besetzten Ausschusses keine reale Chance haben dürften. Ist das Ausschußverfahren erfolg-

88: vgl auch Michaels in: Die Zeit - Nr.41 - 5.Oktober 1979 S.25

89: vgl BVerfGE 50, 290(329)

90: vgl zu diesem näher Rittner in: Festschrift für Robert Fischer S.627 ff

91: vgl Reich B1StSozArbR 76, 176(179), Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 15, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §27 Rdn 29, Raiser MitbestG §31 Rdn 14 m.w.N.

reich beendet, so schließt sich ein zweiter Wahlgang im Aufsichtsrat an, wobei die Mehrheitserfordernisse vom Gesetz gemindert sind. Es ist die absolute Mehrheit ausreichend aber auch erforderlich. Zufallsmehrheiten, die sich aus der Abwesenheit einzelner Aufsichtsratsmitglieder ergeben könnten, sollen so verhindert werden⁹².

Macht der Ausschuß innerhalb der ihm gesetzten Monatsfrist dem Aufsichtsrat keinen Vorschlag, liegen jedoch weitere Vorschläge aus der Mitte des Aufsichtsrats vor, so kann über diese mit absoluter Mehrheit entschieden werden. Sind allerdings solche ebenfalls nicht gemacht, so muß das Bestellungsverfahren eingestellt werden, bis sich neue Vorschläge finden. Das Verfahren beginnt dann zu gegebener Zeit von vorn⁹³.

Daß das Bestellungsverfahren so seinen vorläufigen Abschluß nimmt, ist mehr eine theoretische als eine praktische Überlegung, denn daß ein Interesse an der Position des Arbeitsdirektors nicht besteht, ist kaum vorstellbar. In der Praxis wahrscheinlicher ist vielmehr Folgendes: hat sich eine der Aufsichtsratsbanken auf einen Kandidaten kompromißlos festgelegt, der von der anderen Seite auch nicht im Wege des "do ut des" gebilligt wird, eine Zweidrittelmehrheit im ersten Wahlgang also nicht gefunden werden kann, so kann das Bestellungsverfahren im zweiten Wahlgang ebenfalls nicht abgeschlossen werden. Der paritätisch besetzte Ausschuß wird in einem solchen Fall ehrlicherweise einen Vorschlag nicht machen können. Der fragliche Kandidat kann dann aus der Mitte des Aufsichtsrats von der ihn favorisierenden Fraktion erneut vorgeschlagen werden. Sollte dennoch im Ausschuß eine Mehrheit möglich sein, so hätte der Vorschlag außer seiner faktischen Existenz keinerlei Bedeutung, denn maßgebend ist allein die Abstimmung im Aufsichtsrat. Eine absolute Mehrheit wird sich dort, unter den angenom-

92: Raiser MitbestG §31 Rdn 14

93: Raiser MitbestG §31 Rdn 15

menen Voraussetzungen, nicht finden. Es zeigt sich, daß, sind die Fronten im Aufsichtsrat verhärtet, dem Ausschuß eine über Formalien hinausgehende Vermittlungsfunktion nicht zukommt, ja dessen Bemühen in einem solchen Fall als überflüssige Übung erscheint. Dennoch ist ein Verzicht auf das Ausschußverfahren, selbst bei insoweit Übereinstimmung der Bänke, nicht möglich⁹⁴.

Als letzter Ausweg bietet sich ein dritter Wahlgang. Nach §31 Abs.4 MitbestG hat bei erneuter Abstimmung der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen, wobei Voraussetzung für eine Bestellung aber nach wie vor das Erreichen einer absoluten Mehrheit ist. Für den Gebrauch der Zweitstimme ist hier eine vorangegangene Stimmengleichheit nicht erforderlich⁹⁵. Diese kann im dritten Wahlgang unmittelbar eingesetzt werden⁹⁶. Streitig ist allerdings, ob der Vorsitzende seine Zweitstimme nur zur Herbeiführung der erforderlichen absoluten Mehrheit einsetzen darf, oder ob durch sie auch eine solche verhindert werden kann⁹⁷. Aus dem Gesetzestext ergibt sich für einen beschränkten Gebrauch der Zweitstimme nichts, weshalb diese dem Aufsichtsratsvorsitzenden ohne Einschränkung zusteht, also auch zur Verhinderung einer absoluten Mehrheit. Die Entstehungsgeschichte des Zweitstimmrechts bestätigt diese Ansicht. Die Zweitstimme wurde durch die aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken gegen den Regierungsentwurf notwendig gewordenen Koalitionsvereinbarungen im Dezember 1975 geschaffen. Der Anteilseignerseite sollte "im

94: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 17, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 9; aA Meilicke/Meilicke MitbestG §§30, 31 Rdn 5

95: so grundsätzlich §29 Abs.2 MitbestG

96: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 19; vgl. zum Verständnis der Zweitstimme Rittnerin: FAZ vom 23. Juni 1979 3), 4), wonach sich diese nicht auf eine Feigenblattfunktion beschränkt, sondern eine aktuelle, jederzeit durchsetzbare Befugnis der Gesellschaft und ihrer Vertreter ist

97: für einen beschränkten Einsatz Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 20 m.w.N.; für einen unbeschränkten Einsatz Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 23

Zweifel" ein leichter Vorsprung im Aufsichtsrat eingeräumt werden. Grundsätzlich liegt gemäß §29 Abs.2 MitbestG ein Zweifel nur vor, wenn zuvor Stimmengleichheit geherrscht hat. §29 Abs.2 MitbestG findet unstreitig innerhalb des §31 MitbestG keine Anwendung, so daß hier ein Zweifel bereits dann vorliegt, wenn eine Bestellung aufgrund der vorausgegangenen Wahlgänge nicht erfolgen konnte. Allerdings wird der Fall, daß die Zweitstimme eine absolute Mehrheit verhindert, in der Praxis wohl kaum relevant werden, da man sich bereits im dritten Wahlgang befindet und ein Aufweichen der Fronten gerade in dieser Situation nicht erwartet werden kann.

Trotz dieses subtilen dreistufigen Bestellungsverfahrens ist nicht garantiert, daß letztlich ein Arbeitsdirektor hieraus hervorgeht⁹⁸. Hätte sich beispielsweise die Arbeitnehmerseite auf einen von der Anteilseignerbank geschlossen nicht akzeptierten Kandidaten eingeschworen, wären die Arbeitnehmervertreter nicht in der Lage, diesen durchzusetzen, da sie selbst im dritten Wahlgang die erforderliche absolute Mehrheit nicht erreichen könnten. Würden die Anteilseignervertreter ihrerseits keinen Vorschlag für das Amt des Arbeitsdirektors machen, wozu das Gesetz sie nicht verpflichtet, so bliebe dieses Ressort verwaist. Möglich wäre dann nur eine Bestellung durch das Gericht gemäß §85 AktG, wenn dies erforderlich und dringlich ist.

b. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS DURCH DAS GERICHT

§31 Abs.1 MitbestG erklärt für die Bestellung der Vorstandsmitglieder §85 AktG für anwendbar. Hiernach kann das Gericht, wenn ein erforderliches Vorstandsmitglied fehlt, in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteilig-

98: so auch Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 22

ten dieses bestellen. Zu fragen ist, inwieweit die Vorschrift des §85 AktG so auf den Arbeitsdirektor Anwendung finden kann.

Zunächst muß, soll §85 AktG gelten, ein Arbeitsdirektor fehlen. Weiter ist ein Fall der Dringlichkeit notwendig, dessen Voraussetzungen in der Literatur heftig umstritten sind. Im allgemeinen wird ein dringender Fall dann angenommen, wenn der Vorstand wegen Fehlens eines Mitglieds zur Erfüllung einer ihm obliegenden Aufgabe nicht in der Lage ist⁹⁹ und dadurch der Gesellschaft oder einem Dritten erheblicher Nachteil droht¹⁰⁰. Streitig ist nun, ob diese für die übrigen Vorstandsmitglieder anerkanntermaßen zutreffende Sicht für den Arbeitsdirektor übernommen werden muß¹⁰¹ oder ob diese zu differenzieren ist¹⁰². Letzteres wird mit dem Hinweis begründet, daß §33 MitbestG die Bestellung eines Arbeitsdirektors nicht deshalb vorsehe, weil dieser für eine gut funktionierende Unternehmensleitung in jedem Fall unabdingbar wäre; vielmehr hebe diese Vorschrift im Interesse der Belegschaft und der Zusammenarbeit im Unternehmen die Personal- und Sozialangelegenheiten in den Rang eines Vorstandsressorts, das von einem hierfür besonders legitimierten Vorstandsmitglied wahrgenommen werden müsse. Aus dieser Intention des Gesetzes folge, daß das Fehlen eines Arbeitsdirektors wegen der Vereitelung des Normzwecks mit Nachteilen für die Gesellschaft verbunden sei, was stets zur Bejahung eines dringenden Falles im Sinne des §85 AktG führe. Es bestehe eine Parallele zu §104 AktG, weshalb an die Stelle der auf den Einzelfall bezogenen Prüfung der Funktionsfähigkeit des Vorstands die gesetzliche Wertung treten müsse.

99: Baumbach/Hueck AktG §85 Anm 4

100: Baumbach/Hueck AktG §85 Anm 5

101: so Hoffmann BB 77, 17(20), Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 39 ff

102: so Wlotzke/Wißmann DB 77, 1262(1268 f), Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 43, Raiser MitbestG §31 Rdn 29

Diese Auffassung ist unzutreffend, da sie den lediglich gleichberechtigten Charakter des Arbeitsdirektors erkennt. Richtig wird zwar die Intention des §33 MitbestG gesehen, hieraus aber den Schluß zu ziehen, der Gesetzgeber hätte dem Arbeitsdirektor eine intentionsäquivalente Sonderstellung eingeräumt, ist verfehlt. Das Mitbestimmungsgesetz spricht an keiner Stelle von einem "besonders legitimierten Vorstandsmitglied", bei dessen Fehlen das Gericht eine Ersatzbestellung vorzunehmen habe. Trifft der Gesetzgeber eindeutige Bestimmungen, so hieße es, das Recht beugen, legt man über den Wortlaut hinaus extensiv in eine entsprechende Richtung aus. §31 Abs.1 MitbestG verweist uneingeschränkt auf §84 AktG und dieser fordert für das Einschreiten des Gerichts ausdrücklich neben dem Fehlen eines erforderlichen Vorstandsmitgliedes einen dringenden Fall. Diese Voraussetzung kann für den Arbeitsdirektor nicht im Wege einer auf unzulässige, weil die Grenzen der Auslegung überschreitende Weise gefundenen Fiktion umgangen werden. Eine dem Zweck des §33 MitbestG entsprechende Regelung ist, de lege ferenda, Aufgabe des Gesetzgebers. Auch für eine analoge Anwendung von §104 Abs.3 Nr.2 AktG gibt es keinen Ansatz. Die Tatsache, daß Angelegenheiten aus dem Kernbereich des Arbeitsdirektors als solche behandelt werden müssen, ist nicht ausreichend, um das Gericht einschreiten zu lassen. Daraus aber zu folgern, daß ein dringender Fall nach §85 AktG nicht vorliegt, wenn die anderen Organmitglieder hinreichende Erkenntnismöglichkeit besitzen, um sich über das Sachproblem zu informieren, also ein Fachmann eigentlich nicht benötigt wird, ist zu weitgehend¹⁰³. Es ließe sich dann kaum ein Fall finden, in dem das Gericht eine Ersatzbestellung vornehmen könnte. Die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat hätte hiernach die Möglichkeit, über einen unabsehbar langen Zeitraum ohne die Bestellung eines Arbeitsdirektors auszukommen¹⁰⁴. Die

¹⁰³: so Hoffmann BB 77, 17(20)

¹⁰⁴: vgl. oben S.63 f

Verweisung des §31 Abs.1 MitbestG auf §85 AktG würde so völlig leer laufen.

§85 AktG soll indes nach der Intention des Gesetzgebers stets dann zum Zuge kommen, wenn der Aufsichtsrat in einem dringenden Fall seiner Pflicht zur Bestellung eines Vorstandsmitglieds nicht nachkommt, da dieser weder durch Anwendung von Zwangsmaßnahmen noch durch anderes zur Pflichterfüllung angehalten werden kann¹⁰⁵. Ob bei Fehlen eines Arbeitsdirektors ein dringender Fall vorliegt, dh die Gefahr von Nachteilen für die Gesellschaft, die Belegschaft, die Aktionäre, die Organmitglieder, die Gläubiger oder Dritte besteht, kann grundsätzlich weder bejaht noch verneint werden. Es handelt sich vielmehr um eine Tatfrage¹⁰⁶, die an Hand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beantworten ist. So ist beispielsweise dann ein dringender Fall gegeben, wenn das Unternehmen wegen Fehlens des Arbeitsdirektors faktisch nur mit Reibungsverlusten zu leiten ist¹⁰⁷.

Abzulehnen ist auch die Auffassung, es fehle an den Voraussetzungen für ein Eingreifen des Gerichts nach §85 AktG, wenn der Aufsichtsrat einen Arbeitsdirektor nicht ausdrücklich benannt, aber bei der Geschäftsverteilung ein Ressort gebildet habe, das die wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten umfasse¹⁰⁸. Richtig ist zwar, daß es auf die Titulatur eines Vorstandsmitglieds nicht ankommt, weshalb trotz Benennung eines solchen als Arbeitsdirektor der Pflicht nach §33 MitbestG nicht Genüge getan sein muß. Die vom Vertreter der dargestellten Ansicht vorgenommene Umkehrung ist aber nicht zulässig, wie sich bereits aus dem Wortlaut des §33 MitbestG ergibt. Dort heißt es deutlich: "... wird ein Arbeitsdi-

105: Gessler AktG §85 Rdn 1

106: Gessler AktG §85 Rdn 2

107: Man stelle sich die praktischen Schwierigkeiten in einem Großunternehmen mit mehreren tausend Arbeitnehmern vor, die durch das Fehlen eines Arbeitsdirektors entstehen können.

108: so Hoffmann BB 77, 17(20), ähnlich wie im folgenden Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 16

rektor bestellt." Dies macht erforderlich, daß ein Arbeitsdirektor als solcher bestellt wird, dh es muß beim Bestellungsverfahren bereits klar sein, welcher Kandidat sich für das Ressort des Arbeitsdirektors bewirbt. Anderes wäre im übrigen sowohl in der Theorie als auch in der Praxis unvorstellbar. Eine Abwägung und Auswahl zwischen mehreren Kandidaten für das Amt des Arbeitsdirektors würde sich auf bereits bestellte Mitglieder beschränken. Bei diesem Verfahren müßte, will man einen bestimmten Bewerber als Arbeitsdirektor sehen, dieser selbst auf die Gefahr hin als Vorstandsmitglied bestellt werden, daß er die entsprechende Ressortzuweisung nicht erhält, obwohl er ausschließlich nur hierfür geeignet wäre. Die Unsinnigkeit eines solchen Verfahrens liegt auf der Hand.

Das Gericht kann gemäß §85 AktG nur auf Antrag eines Beteiligten tätig werden. Beteiligte in diesem Sinn sind alle, die an der sofortigen Bestellung des Vorstandsmitglieds ein berechtigtes Interesse haben. Fehlt der Arbeitsdirektor, so ist insbesondere der Betriebsrat, nicht hingegen ein einzelner Arbeitnehmer antragsberechtigt¹⁰⁹.

Der vom Gericht bestellte Arbeitsdirektor bleibt so lange im Amt, wie der dringende Fall anhält. Ist dieser nicht mehr gegeben, so erlischt die gerichtliche Bestellung von selbst, da es nun wieder an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt. Nicht maßgebend ist, ob der Aufsichtsrat zwischenzeitlich seiner Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors nachgekommen ist. Dies folgt aus dem Wortlaut des §85 Abs.2 AktG, der lautet: "Das Amt des gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieds erlischt in jedem Fall, sobald der Mangel behoben ist", es somit auch andere Fälle des Erlöschens geben muß¹¹⁰.

109: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 44, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 43

110: vgl Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §85 Anm 6; aA Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 46

Praktische Bedeutung wird der Verweisung des §31 MitbestG auf §85 AktG wohl kaum zukommen. Das gemeinsame Interesse am Unternehmen verbietet eine solche Konfrontation, die nur im Wege gerichtlicher Bestellung gelöst werden könnte. Langfristige Schäden für das Unternehmen wären die sichere Folge.

3. BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS IN DER GMBH

Die Bestellung der Geschäftsführer in der GmbH vollzieht sich gemäß §31 MitbestG ebenfalls nach den §§84, 85 AktG, weshalb auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden kann¹¹¹. Hervorzuheben ist jedoch besonders, daß das Mitbestimmungsgesetz die nach bisherigem GmbH-Recht den Gesellschaftern ausschließlich zustehende Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer zwingend dem mitbestimmten Aufsichtsrat zugewiesen hat, was einen tiefen Eingriff in das bislang geltende Gesellschaftsrecht bedeutet.

III. WIDERRUF DER BESTELLUNG DES ARBEITSDIREKTORS

Der Widerruf eines bestellten Mitglieds des Vertretungsorgans regelt sich gemäß §31 Abs.1 MitbestG nach §84 AktG, soweit sich nicht aus den Absätzen 2 bis 5 etwas anderes ergibt. Die Bestellung kann gemäß §84 Abs.3 AktG bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen werden, wobei die Aufzählung dort nicht abschließend ist. Hierbei handelt es sich um zwingendes Recht, weshalb auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Fall des Arbeitsdirektors nicht verzichtet werden kann¹¹².

§31 MitbestG gilt auch für den Widerruf der Geschäftsfüh-

¹¹¹: vgl oben S. 59 ff

¹¹²: Immenga ZGR 77, 247(275), Zöllner ZGR 77, 319(323)

rer bei der mitbestimmten GmbH, so daß §46 Nr.5 GmbHG insoweit keine Anwendung mehr findet. Die Bestellung eines Geschäftsführers kann weder jederzeit noch überhaupt von den Gesellschaftern widerrufen werden¹¹³, da auch hierfür ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig ist.

Für das Verfahren gelten gemäß §31 Abs.5 MitbestG die Absätze 2 bis 4 des §31 MitbestG entsprechend. So ist im Aufsichtsrat für den Widerruf bei der ersten Abstimmung eine Zweidrittelmehrheit notwendig. Kann diese nicht erreicht werden, so muß auch hier der nach §27 Abs.3 MitbestG gebildete Ausschuß eingeschaltet werden. Ziel des Ausschußverfahrens ist, dem Aufsichtsrat einen von der Mehrheit getragenen Vorschlag zu machen, ob an dem beabsichtigten Widerruf festgehalten oder ob dieser aufgegeben werden soll. Da die Verfahrensfrist des §31 Abs.3 MitbestG von einem Monat in bestimmten Fällen zu lang bemessen sein kann, kann der Aufsichtsrat mit absoluter Mehrheit die Frist im Interesse des Unternehmens verkürzen¹¹⁴. Eine nur "entsprechende Anwendung" des §31 Abs.3 MitbestG gebietet kein starres Festhalten an der Monatsfrist, zumal rechtliche Nachteile dadurch nicht entstehen können. Ist der nur mit faktischer Wirkung ausgestattete Vorschlag des Ausschusses gemacht, so findet eine zweite und möglicherweise eine dritte Abstimmung statt. Hierbei ist stets eine absolute Mehrheit erforderlich, der Einsatz der Zweitstimme ist erst im dritten Wahlgang möglich¹¹⁵.

Die Subtilität des Widerrufsverfahrens kann sich in der Praxis als nicht adäquat erweisen, da unter Umständen ein Widerruf im Interesse des Unternehmens sehr eilig ausgesprochen werden sollte. De lege ferenda wäre eine wirklichkeitsentsprechende Regelung wünschenswert.

113: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 50

114: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 50

115: vgl §31 Abs.3 Satz 2, Abs.4 MitbestG

IV. AUFGABENBEREICH DES ARBEITSDIREKTORS

1. ALLGEMEINES

Gemäß §33 MitbestG "wird ein Arbeitsdirektor bestellt", der "seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben" hat. Was aber im einzelnen die Aufgaben des Arbeitsdirektors sind, geht aus dem Gesetz nicht hervor.

Dem Arbeitsdirektor kommen zunächst die Aufgaben zu, die er aufgrund seiner Stellung als Organmitglied einer körperschaftlich strukturierten Gesellschaft hat. Dies sind diejenigen Rechte und Pflichten, die dem Gesamtorgan zwingend zugewiesen sind¹¹⁶. Weiter hat er die Aufgaben, die ihn als Arbeitsdirektor qualifizieren. Für deren Bestimmung ergeben sich zwei Anhaltspunkte, zum einen §30 RegE, zum anderen der Gesetzestext unter Verwendung des Begriffs "Arbeitsdirektor" selbst.

Hinsichtlich letzterem bietet es sich an, auf den Arbeitsdirektor der Montanindustrie und dessen sich in langjähriger Praxis entwickelten Aufgabenbereich zu verweisen. Wie ausgeführt, bestehen jedoch zwischen dem Arbeitsdirektor der Montanindustrie und dem des Mitbestimmungsgesetzes erhebliche Unterschiede, weshalb Bedenken gegen eine solch unbesehene Verweisung bestehen. Zwar könnte man meinen, daß sich die Abweichungen auf die Legitimation im Bestellungsverfahren beschränken, daß im übrigen, ist er erst Organmitglied, Arbeitsdirektor gleich Arbeitsdirektor sei. Diese Ansicht wäre zu oberflächlich, da gerade die inhaltlichen Unterschiede sowie das andere Bestellungsverfahren bei der Ressortbestimmung zu berücksichtigen sind.

Für den Montanbereich wird überwiegend eine restriktive Auffassung vertreten. So dürfe der Arbeitsdirektor mit

¹¹⁶: vgl oben S.20, auch Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 58 f

Funktionen außerhalb seines eigentlichen Arbeitskreises grundsätzlich nicht betraut werden¹¹⁷, während ähnliches für den Arbeitsdirektor des §33 MitbestG nicht vorgetragen wird. Gilt es im Montanbereich den Zuwachs an Ressortzuständigkeit zu verhindern, da sonst der Arbeitsdirektor mit Befugnissen betraut werden würde, die einem Organmitglied vorzubehalten sind, das ohne qualifizierte Voraussetzung der Legitimation durch die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder bedarf, so ist dieser Begründungszusammenhang gegenüber §33 MitbestG ohne Argumentationswert¹¹⁸. Zwar ist nach §33 MitbestG ein Arbeitsdirektor zu bestellen, ihm können aber außer seiner eigentlichen auch weitere Aufgaben zugewiesen werden. Allen Aufsichtsratsmitgliedern steht sowohl die Entscheidung über den Ressortbereich als auch über die Person des hierfür vorgesehenen Organmitglieds gleichermaßen zu, während letzteres im Montanbereich de facto nur den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat obliegt, de jure es an der Gleichgewichtigkeit der Stimmen fehlt¹¹⁹.

§30 RegE lautet: "Ein Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung befugten Organs muß vorwiegend für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig sein."¹²⁰ In den Gründen war hierzu ausgeführt: "Die Vorschrift bestimmt, daß in den vom Gesetz erfaßten Unternehmen jeweils ein Mitglied des Vertretungsorgans vorwiegend für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig sein muß. Damit soll der Bedeutung dieser Angelegenheiten für die Arbeitnehmer Rechnung getragen werden."¹²¹ Da der Wortlaut des §30 RegE nicht Gesetz wurde, ist zu fragen, ob durch den §33 MitbestG der Gehalt des §30 RegE hinfällig geworden ist,

117: Vgl. Martens AG 76, 113(116) m.w.N.

118: Martens AG 76, 113(116)

119: vgl. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 35, Immenga ZGR 77, 258, Lux MitbestG S.189, Raiser MitbestG §33 Anm 14 Säk-ker BB 77, 1993(1995), Wiedemann ZGR 77, 160(169)

120: BT-Drucks. 7/2172

121: BT-Drucks. 7/2172 S.29

oder ob dieser für den Aufgabenbereich des Arbeitsdirektors eine Aussage trifft. In dem hierzu einschlägigen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung heißt es, der Ausschuß gehe davon aus, daß der Arbeitsdirektor einen Kernbereich von Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen habe. Gegen die im Regierungsentwurf enthaltene Regelung... habe sich die Ausschlußmehrheit deshalb ausgesprochen, weil mit einer solchen Umschreibung für die unternehmerische Praxis nichts Wesentliches gewonnen werde, und weil insoweit ein gewisser Spielraum für die Entwicklung in den Unternehmen offen bleiben solle¹²². Hieraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber, unter Verzicht auf den Wortlaut des §30 RegE, mit §33 MitbestG zwar eine elastischere Bestimmung finden, im Grunde aber Abweichendes nicht regeln wollte, sondern daß §30 RegE zur Bestimmung des Aufgabenbereichs heranzuziehen ist, nicht aber im Sinne einer starren Kompetenzzuweisung verstanden werden darf.

2. DER BEGRIFF "KERNBEREICH"

Dem Arbeitsdirektor soll nach den Vorstellungen des Ausschusses zumindest der Kernbereich von Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen zukommen¹²³. Zu dem Begriff "Kernbereich" hat man sich in der Literatur bisher nur unbefriedigend geäußert. Die Ausführungen beschränken sich in der Regel unter Angabe einiger Beispielaufgaben auf mehr oder weniger unklare Abgrenzungen¹²⁴.

Der Begriff Kernbereich ist im Sinne eines Schwerpunktbereichs zu verstehen¹²⁵, als notwendiges Minimum an Kom-

122: BT-Drucks. 7/4945 S.9

123: BT-Drucks. 7/4945 S.9

124: vgl. z.B. Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 10 ff, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 28 ff, Raiser MitbestG §33 Rdn 12, Meilicke/Meilicke MitbestG §33 Rdn 11 ff, Lux MitbestG S.188, Rumpff GK-MitbestG §33 Rdn 66 ff, der es ablehnt, sich mit dem Begriff näher auseinanderzusetzen

125: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 10

petenz für Personal- und Sozialangelegenheiten, bezeichnet also das, was das Organmitglied als Arbeitsdirektor ausmacht. Er kann jedoch nicht als Sammelbegriff in dem Sinne verstanden werden, daß er einzelne, fest umrissene Aufgaben beinhaltet. Es handelt sich vielmehr um eine sich aus dem Begriff, unter Hinzunahme des §30 RegE sowie des Wortes "Arbeitsdirektor", selbst ergebende und durch diesen umschriebene Kumulation abstrakter Kompetenz¹²⁶, die in der Zuweisung bestimmter einzelner Aufgaben ihren Ausdruck zu finden hat. Hierbei sind die Aufgaben bis zu einem gewissen Grad sowohl quantitativ als auch qualitativ austauschbar, denn maßgebend sind die in der Aufgabenzuteilung als Ganzes beinhalteten Kompetenzen, die in ihrer Summe den Kernbereich auszumachen haben. Daß der Ausschuß den Begriff "Kernbereich" in diesem Sinne verstanden haben will, ergibt sich zum einen aus der Formulierung "einen Kernbereich von Zuständigkeiten", zum anderen aus dem bewußten Verzicht auf eine gesetzliche Umschreibung des Aufgabenbereichs des Arbeitsdirektors.

Die zum Teil vertretene Auffassung, der Kernbereich sei nicht für alle Unternehmen identisch¹²⁷, ist zumindest ungenau, wenn nicht gar falsch. Der Kernbereich als Kumulation abstrakter Kompetenz ist cum grano salis¹²⁸ in allen Unternehmen stets der gleiche. Was nicht identisch sein muß und in der Regel auch nicht sein wird, sind die ihn im Einzelfall ausfüllenden konkreten Aufgaben. Dies ergibt sich bereits aus der unterschiedlichen Struktur der einzelnen Unternehmen von selbst. Für den Kernbereichsbegriff ist unmaßgebend, ob es sich um ein größeres Großunternehmen oder um ein kleineres Großunternehmen handelt,

¹²⁶: Im Ansatz wie hier Säcker DB 77, 1993(1994), der davon spricht, daß das Gesetz den Arbeitsdirektor kompetentiell definiert.

¹²⁷: so Hoffmann BB 77, 17(18), ders; Der Aufsichtsrat Rdn 239

¹²⁸: Unterschiede bestehen aufgrund der verschiedenen Rechtsformen der Unternehmensträger sowie aufgrund Konzernrechts.

ebenso bedeutungslos ist die Branche des Unternehmens. Rein faktische Besonderheiten können bei der Kernbereichsdefinition keine Berücksichtigung finden, wie sollte das Gesetz dies auch rechtfertigen?

Nach §30 RegE sowie nach allgemeinem historischen Verständnis umfaßt der Kernbereich des Arbeitsdirektors alle wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten. Das bedeutet, daß der Arbeitsdirektor im Personal- und Sozialbereich soviel Zuständigkeit haben muß, daß man ihn in einem nicht mitbestimmten Unternehmen als Personaldirektor bezeichnen könnte¹²⁹. Die Auffassung, der Kernbereich habe nicht die Aufgabe, für schwächere Arbeitsdirektoren institutionell große Ressorts abzusichern¹³⁰, ist in diesem Zusammenhang verfehlt. Der Kernbereich umfaßt und garantiert nur die Zuständigkeit für die wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten. Der Umfang seines Ressorts ist letztlich keine Frage des Kernbereichs, denn zum einen bestimmt Näheres ausdrücklich die Geschäftsordnung¹³¹, zum anderen können ihm weitere Leitungsaufgaben aus anderen Bereichen übertragen werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß die Zuteilung weiterer, nicht dem Personal- und Sozialwesen entspringender Aufgaben ihre Grenzen in der Pflicht zur Wahrnehmung des Kernbereichs findet. Diese erfordert, daß der Arbeitsdirektor seine eigentlichen Aufgaben mit der nötigen Intensität wahrnimmt. Er darf mit solchen anderer Bereiche nur insoweit betraut werden, als dies seine Stellung als Arbeitsdirektor erlaubt. Nicht zulässig wäre es beispielsweise, den Arbeitsdirektor durch Zuweisung der kaufmännischen oder technischen Angelegenheiten von seiner eigentlichen Aufgabe als Arbeitsdirektor "abzulenken". Feste Regeln lassen sich nicht geben; jedoch, je größer die Zahl der Arbeitnehmer eines Unternehmens, um so mehr

¹²⁹: Hoffmann BB 77, 17(18)

¹³⁰: so Hoffmann BB 77, 17(18)

¹³¹: vgl. §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG

die Notwendigkeit, den Arbeitsdirektor mit der hauptsächlichen oder gar ausschließlichen Zuständigkeit in Personal- und Sozialangelegenheiten zu betrauen¹³².

Die pauschale Behauptung, der Kernbereich sei nicht mit den Angelegenheiten gleichzusetzen, in denen der Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz ein Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrecht hat¹³³, ist zwar so nicht falsch, läßt aber doch ein nur verkürztes Verständnis des Kernbereichsbegriffs erkennen. Dieser ist, wie angedeutet, zweidimensional, bestehend aus einer quantitativen und einer qualitativen Komponente, deren Verhältnis unterschiedlich ist. Es gilt demnach zu differenzieren zwischen dem Sachgebiet (quantitativ) einerseits und dem Quantum an Maßgeblichkeit des Arbeitsdirektors (qualitativ) andererseits. Die Kernbereichsgarantie ist nicht etwa mit der Alleinzuständigkeit des Arbeitsdirektors auf einem begrenzten Gebiet zu verwechseln, sondern vielmehr kann diese in verschiedenen Bereichen auch lediglich ein je nachdem gewichtiges Mitsprache- und Entscheidungsrecht fordern. So hat sich die die Kernbereichszuständigkeit des Arbeitsdirektors ausmachende Kompetenz sowohl quantitativ als auch qualitativ zu realisieren, beide Momente sind in ein ausgeglichenes Verhältnis zueinander zu bringen. Maßstab ist hierbei die Wesentlichkeit für die Arbeitnehmer einerseits und die sachlich notwendige Berücksichtigung fremder, nicht dem Personal- und Sozialwesen eigenen Zielvorstellungen andererseits. Hinzukommend ist zu berücksichtigen, daß bei der Umsetzung der gesetzlichen Zuständigkeit des Arbeitsdirektors in konkrete Aufgaben diese weitgehend keinen Ausschließlichkeitscharakter in dem Sinne haben, daß gerade nur durch sie die Kernbereichsgarantie verwirklicht werden könnte. Aufgrund dieser Eigenschaften des Kernbereichs sind Behauptungen in der oben wiedergegebenen Art und

132: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 26 m.w.N.

133: so Hoffmann BB 77, 17(18)

Weise ebenso falsch wie richtig.

Als Aufgaben, die konkret den Kernbereich des Arbeitsdirektors ausfüllen können, werden einhellig folgende genannt: die Lohn- und Gehaltsfindung, das Akkord- und Prämienwesen, das Beurteilungswesen, die Bearbeitung und Durchführung von Betriebsvereinbarungen, die grundsätzlichen Fragen der Arbeitsplatzgestaltung und Unfallverhütung, die Zahlweise des Arbeitsentgelts, der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit, die Betreuung von Sozialeinrichtungen, die Betreuung von Werkskrankenkassen und die werksärztliche Fürsorge, die Unterstützungsregelungen, die Grundsatzfragen des Ausbildungs- und Fortbildungswesens¹³⁴.

Die Praxis in der Montanindustrie hat gezeigt, daß die Zuständigkeiten des Arbeitsdirektors im einzelnen erhebliche Unterschiede selbst dort aufweisen, wo die Ressorts die gleichen Bezeichnungen haben. Während im Bergbau die Minimalkompetenzen nicht einmal überall erreicht wurden, verfügen in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie etwas mehr als die Hälfte über ein erheblich über das Personal- und Sozialwesen hinausgehendes Ressort, während die anderen auf dieses beschränkt sind¹³⁵. Die Stärke der Persönlichkeit spielt hier eine erhebliche Rolle. Selbst dort, wo ein Arbeitsdirektor verhältnismäßig große Rechte hat, zeigen sich bei schwachen Arbeitsdirektoren schnell Grenzen, die sich vor allem aus einem mangelnden Überblick über Probleme der Gesamtunternehmung und mangelnder Kenntnisse volks- und betriebswirtschaftlicher

134: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 15, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 29 m.w.N., Raiser MitbestG §33 Rdn 13, Benze u.a. MitbestG §33 Rdn 25-97, Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 72 ff, Sieber in: Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: Nemitz/Becker; Ein ausführlicher Organisationsplan für das Ressort des Arbeitsdirektors findet sich bei Jungbluth: Arbeitsdirektor und Betrieb S.24 sowie bei Tegtmeier: Wirkung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer S.103, vgl auch Memorandum des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften, abgedr. in: Bericht der Stahltreuhändervereinigung S.701 ff

135: Voigt/Weddigen aaO S.230

Zusammenhänge ergeben. Dies äußerte sich bislang darin, daß die Arbeitsdirektoren zufrieden waren, wenn man ihnen in einer kleinen, der Hauptproblematik gegenüber völlig nebensächlichen Entscheidung nachgab, während an der Kernfrage der zu treffenden Maßnahme sich die Arbeitsdirektoren im Überschwang ihres vorher errungenen Sieges nicht mehr interessiert zeigten¹³⁶. Inwieweit sich diese Erfahrungen im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes bestätigen werden, ist einer sicheren Prognose nicht zugänglich. Ein grundsätzliches Argument, auch gegen einen gewerkschaftsabhängigen Arbeitsdirektor, läßt sich daraus allerdings nicht herleiten, zumal der Ausgleich von Ausbildungsdefiziten lediglich eine Frage der Zeit wäre.

3. EINZELHEITEN

Während im Grundsatz über den Aufgabenbereich des Arbeitsdirektors Einigkeit besteht¹³⁷, liegen einige Detailfragen im Streit.

a. ZUSTÄNDIGKEIT DES ARBEITSDIREKTORS FÜR DIE LEITENDEN ANGESTELLTEN

Ob die Zuständigkeit für die Personal- und Sozialangelegenheiten der leitenden Angestellten per definitionem in den Kernbereich des Arbeitsdirektors gehören, ist lebhaft umstritten. So stellen die einen fest, daß der Arbeitsdirektor zwar der Personaldirektor des Unternehmens sei, daß in dessen Zuständigkeitsbereich jedoch nicht die personellen und sozialen Angelegenheiten der Arbeitnehmer gehören, die dem Faktor Disposition zugerechnet werden

¹³⁶: Voigt/Weddigen aaO S.232

¹³⁷: vgl oben S.76

können¹³⁸. Hingegen meinen andere, daß die Entziehung der Zuständigkeit für den Schlüsselbereich der leitenden Angestellten bei einer an den Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes orientierten Betrachtungsweise einen massiven Einbruch in die Kernbereichsgarantie darstelle¹³⁹. Wieder andere sind der Ansicht, daß die Frage, wieweit der Arbeitsdirektor auch für leitende Angestellte die gegebene Instanz innerhalb der Unternehmensführung sein solle, sich generell nicht beantworten ließe¹⁴⁰.

Keine der Auffassungen ist befriedigend, zumal sie ohne nähere Begründungen vertreten werden. Es ist notwendig, mittels des Begriffs Kernbereich und der inhaltlichen Bestimmung des Arbeitsdirektors die anstehende Frage zu prüfen.

Der Arbeitsdirektor ist, wie oben ausgeführt¹⁴¹, ein sich grundsätzlich durch nichts von den anderen unterscheidendes gewöhnliches Mitglied des Vertretungsorgans. Das Gesetz erteilt eine Präferenz weder zugunsten der Anteilseigner- noch der Arbeitnehmerseite. Hieraus ergibt sich, im Gegensatz zum Arbeitsdirektor im Montanbereich, der sowohl seiner inhaltlichen Bestimmung als auch dem Bestellungsverfahren nach von der Gewerkschaftsseite kommt¹⁴², daß die Personal- und Sozialangelegenheiten der leitenden Angestellten in die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors fallen¹⁴³. Für eine andere Beurteilung ergibt sich

138: so etwa Hoffmann BB 77, 17; eine Zuständigkeit scharf ablehnend Rasch BB 74, 532(535)

139: vgl Säcker DB 77, 1993(1994), ders.: Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das Mitbestimmungsgesetz 1976 S.51 f, ähnlich auch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 29 m.w.N.

140: vgl Ballerstedt ZGR 77, 133(149), unklar Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 65

141: vgl oben S.41 f

142: vgl oben S.35 ff; Im Montanbereich war bereits aufgrund der vor dem Gesetz vereinbarten Richtlinien der Sozialpartner klar, daß die leitenden Angestellten nicht zum Ressort des Arbeitsdirektors gehören, vgl Voigt/Weddigen aaO S.230 Fn 46a

143: im Ergebnis wie hier Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 29

keinerlei Grund oder Anlaß.

Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob die abstrakt-kompetentionelle Kernbereichsgarantie durch die Herausnahme der Zuständigkeit für die leitenden Angestellten aus dem Ressort des Arbeitsdirektors und durch die Zuweisung dieser Aufgabe an ein anderes Mitglied des Vertretungsorgans verletzt ist. Ein derartiger Gesetzesverstoß ist zu verneinen¹⁴⁴, wie sich aus dem Begriff des Kernbereichs ergibt¹⁴⁵. Die einzelnen konkreten Zuständigkeiten stehen bei der Ausfüllung des Kernbereichs nicht nur kumulativ, sondern auch alternativ, interdependent zu ihrer Qualität¹⁴⁶, zueinander. Maßgebend ist nicht, daß die eine oder andere konkrete Aufgabe dem Arbeitsdirektor obliegt, soweit die Aufgabenzuweisung im übrigen den Anforderungen des Kernbereichs genügt, nicht die Aufgabenverteilung im einzelnen ist ausschlaggebend, sondern allein, daß alle Aufgaben zusammen die durch den Kernbereich zugewiesene Kompetenz ausfüllen. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die so grundlegend ist, daß, falls sie dem Arbeitsdirektor nicht zukommt, dieser als solcher nicht bezeichnet werden kann. Die Zuständigkeit für die leitenden Angestellten ist keine solche "Grundsatzaufgabe", die der unabdingbaren Zuweisung an den Arbeitsdirektor bedarf. Dies folgt aus der Tatsache, daß es sich bei dieser Gruppe nur um einen zahlenmäßig kaum ins Gewicht fallenden, geringen Teil der Beschäftigten handelt, die aufgrund ihrer Position in der Unternehmensorganisation mehr Arbeitgeberaufgaben wahrnehmen, als im typischen Arbeitnehmerabhängigkeitsverhältnis zu stehen¹⁴⁷. Nach allgemeinem Verständnis läßt sich somit nicht sagen, daß ein

144: a.A. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 34, die nur eine Zuweisung an das Gesamtorgan für zulässig erachten

145: im Ergebnis wie hier Geitner AG 76, 210(213), Lux MitbestG S.187, Müller DB 77, Beilage 11 S.5

146: vgl hierzu näher unten S.81

147: vgl "Checkliste für leitende Angestellte" in: Capital Juni 79 S.127

Arbeitsdirektor, der für die leitenden Angestellten nicht zuständig ist, funktional ein solcher nicht sei¹⁴⁸.

b. ZUSTÄNDIGKEIT DES ARBEITS DIREKTORS FÜR DIE TEILNAHME AN TARIFVERHANDLUNGEN UND FÜR DEN ABSCHLUSS VON TARIF-
VERTRÄGEN

Das Bestehen einer notwendigen Zuständigkeit des Arbeitsdirektors für die Teilnahme an Tarifverhandlungen und für den Abschluß von Tarifverträgen ist ebenfalls umstritten. Während dies einmal zum Kernbereich gerechnet wird¹⁴⁹, wird es das andere Mal nicht getan¹⁵⁰. So muß auch hier mittels des Begriffs Kernbereich und der inhaltlichen Bestimmung des Arbeitsdirektors eine Klärung gesucht werden.

Soweit es um die Frage geht, ob die tarifpolitischen Angelegenheiten grundsätzlich in die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors fallen, kann auf die eben gemachten Ausführungen verwiesen werden¹⁵¹. Sowohl aus §30 RegE sowie aus dem Begriff Arbeitsdirektor ergibt sich, daß der Arbeitsdirektor für solch elementare Arbeitnehmerangelegenheiten, wie dies die tarifpolitischen darstellen, zuständig zu sein hat.

Wie oben¹⁵², ist hiervon die Frage zu unterscheiden, ob durch die Herausnahme eines Aufgabenkomplexes aus der Zuständigkeit des Arbeitsdirektors dessen gesetzlich garantierter Kernbereich verletzt wird. Da der Kernbereich als

148: In Praxis wird die Zuständigkeit für die leitenden Angestellten besonders oft in der Hand des Vorstandsvorsitzenden liegen, da dies einerseits der Stabilisierung seiner Position als auch andererseits seinem Einfluß auf die einzelnen Ressorts dient.

149: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 34, Säcker DB 77, 1993(1999 Fn 51, m.w.N.)

150: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 16 m.w.N.

151: vgl oben S.78

152: vgl oben S.79

Kumulation abstrakter Kompetenz zu begreifen ist, ist es grundsätzlich nicht möglich, durch die Aussonderung einer Aufgabe diesen zu verletzen, realisiert man die so frei gewordene Kompetenz unverzüglich anderweitig. Daß dies jedoch nicht ausnahmslos gilt, ergibt sich aufgrund zweier Überlegungen.

Erstens gibt es wesentliche, mehr oder weniger wesentliche und unwesentliche Personal- und Sozialangelegenheiten. Auf der Hand liegt zum einen, daß der Kernbereich nicht nur aus unwesentlichen Aufgaben bestehen kann, zum anderen, daß eine wesentliche nicht gegen eine oder auch mehrere unwesentliche Aufgaben ausgetauscht werden kann und dabei der Umfang der Kompetenz gleichbleibt. Dies beruht auf der unterschiedlichen Wesentlichkeit, auf der unterschiedlichen Qualität der Angelegenheiten.

Zweitens ist zwar der Kernbereich als Kumulation abstrakter Kompetenz zutreffend definiert, auch kann dieser durch die verschiedensten Aufgaben ausgefüllt werden. Erforderlich ist jedoch, daß die Aufgaben sowohl hinsichtlich ihrer Verschiedenheit, als auch ihrer Wichtigkeit in ausgeglichenem Verhältnis zueinander stehen, dh die garantierte Kompetenz ist sowohl qualitativ als auch quantitativ zu realisieren. Nicht zulässig ist, das eine, auch nicht zugunsten des anderen, zu vernachlässigen. Beide Merkmale sind für den Kernbereich konstitutiv, wird eines nicht entsprechend berücksichtigt, so ist die gesetzliche Garantie verletzt, mag das andere in noch so umfassenden Maße zur Geltung gebracht worden sein. Die entsprechende Berücksichtigung, das richtige Verhältnis der beiden Merkmale zueinander, kann generell nicht angegeben werden, zumal die Grenzen fließend sind. Sagen läßt sich aber, daß sowohl quantitative wie qualitative Mindestvoraussetzungen des Kernbereichs erfüllt sein müssen, dh daß der Arbeitsdirektor für bestimmte Aufgaben wie auch immer zuständig sein muß. Es handelt sich hierbei um Angelegenheiten, die von so grundlegender Natur sind, daß, falls sie nicht in die Zuständigkeit des Arbeitsdi-

rektors fallen, von einem solchen nicht gesprochen werden kann, mag er auch sonst einen weiten Ressortbereich haben.

Zu prüfen ist, ob den tarifpolitischen Fragen ein solch unverzichtbarer Charakter zukommt, daß deren Herausnahme aus dem Ressort des Arbeitsdirektors eine durch nichts zu kompensierende Beschränkung darstellt, was die Kernbereichsgarantie verletzen würde. Tarifpolitische Angelegenheiten betreffen die elementaren Grundlagen des Verhältnisses von Arbeitnehmern zu Arbeitgebern, von Kapital zu Arbeit, weshalb die Verhandlungen über solche Fragen und deren Gestaltung ebenso grundlegende Bedeutung innerhalb des Personal- und Sozialwesens haben. Hat der Arbeitsdirektor eine Zuständigkeit für diesen Bereich nicht, so kann man von einem solchen funktional nicht mehr sprechen. Außerhalb des Mitbestimmungsgesetzes würde er ohne diesen Aufgabenbereich nicht als Personaldirektor bezeichnet werden können. Er hätte allenfalls die Stellung eines Abteilungsleiters, nicht aber die eines Mitglieds des Leitungs- und Vertretungsorgans der Gesellschaft. Eine dahin gehende quantitative Beschränkung wäre ein solcher Eingriff in die Kernbereichsgarantie, der durch einen wie auch immer gearteten qualitativen Ausgleich in anderen Bereichen nicht kompensiert werden könnte. Das Tarifwesen ist demnach eine dem Kernbereich notwendig angehörende Angelegenheit, die dem Arbeitsdirektor nicht entzogen werden kann¹⁵³.

Mit dem gefundenen Ergebnis ist die Frage allerdings nicht umfassend beantwortet. Lediglich wurde festgestellt, daß die tarifpolitischen Angelegenheiten zu den quantitativen Mindestvoraussetzungen des Kernbereichs gehören. Zu fragen ist weiter, ob und inwieweit in qualitativer

¹⁵³: im Ergebnis wie hier Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 34; a.A. Raiser MitbestG §33 Rdn 13, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 16 m.w.N., wobei diese Auffassung die Zweidimensionalität des Kernbereichsbegriffs verkennt

Hinsicht der Arbeitsdirektor in Angelegenheiten des Tarifwesens beschränkt werden kann, ohne daß der Kernbereich verletzt wird, ob dem Arbeitsdirektor ein Alleinentscheidungsrecht zustehen muß, oder ob lediglich ein Mitbestimmungsrecht den Forderungen des Kernbereichs genügt. Zu prüfen ist, ob die Erteilung eines Nichtalleinentscheidungs-, sondern nur eines Mitbestimmungsrechts eine solch qualitative Beschränkung bedeutet, die durch Kompetenzen in anderen Bereichen nicht ausgeglichen werden kann. Dies ist zu verneinen. Tarifpolitische Fragen betreffen nicht allein das Ressort des Arbeitsdirektors, sondern ebenso Bereiche anderer Ressorts, was sich gerade aus der grundlegenden Bedeutung des Tarifwesens innerhalb der Unternehmensgestaltung und der Unternehmenspolitik erklärt. Demnach ist es selbstverständlich, daß andere Mitglieder des Geschäftsführungsorgans an der Willensbildung in diesen Fragen zu beteiligen sind. Der Kernbereich des Arbeitsdirektors ist nicht verletzt, wenn das Tarifwesen beispielsweise der Zuständigkeit des Gesamtorgans oder neben dem Arbeitsdirektor bestimmten weiteren Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans zugewiesen ist. Durch eine ledigliche Teil- oder Mitzuständigkeit des Arbeitsdirektors wird die notwendige Mindestvoraussetzung an Qualität des Kernbereichs gewahrt¹⁵⁴. Bei gleichzeitiger Berücksichtigung von Zielvorstellungen anderer Ressorts verbleibt dem Arbeitsdirektor auch bei Teilung der Kompetenz die für den Kernbereich notwendige Zuständigkeit, welche ihm den erforderlichen Einfluß auf tarifpolitische Angelegenheiten sichert.

Zu klären bleibt, ob der Arbeitsdirektor sein Unternehmen in tarifpolitischen Fragen in den Verbänden und Vereinigungen sowie in Tarifverhandlungen vertreten muß, ob die Repräsentation des Unternehmens insoweit seinem Kernbereich zufällt. Die Repräsentation korrespondiert in der

154: mit dem hier gefundenen Ergebnis übereinstimmend Raiser MitbestG §33 Rdn 13, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 16 m.w.N.

Regel mit der Zuständigkeit für eine Aufgabe. Steht dem Arbeitsdirektor das in der Praxis kaum denkbare Alleinentscheidungsrecht in tarifpolitischen Fragen zu, so obliegt es ihm, die Interessen des Unternehmens nach außen zu vertreten¹⁵⁵. Fällt hingegen, wie wohl regelmäßig, das Tarifwesen in die Zuständigkeit des Gesamtorgans, so besteht eine Repräsentationsanwartschaft des Arbeitsdirektors nicht. Vielmehr wird Näheres durch die Geschäftsordnung zu bestimmen sein¹⁵⁶, wobei stets der gleichberechtigten Stellung des Arbeitsdirektors innerhalb des Vertretungsorgans gerecht zu werden ist¹⁵⁷.

V. ZUWEISUNG DES RESSORTS AN DEN ARBEITSDIREKTOR DURCH GESETZ ODER GESCHÄFTSORDNUNG

Umstritten ist bislang, ob der Arbeitsdirektor sein Ressort durch Gesetz¹⁵⁸ oder durch Geschäftsordnung¹⁵⁹ zugewiesen bekommt. Die Unterschiedlichkeit der Auffassungen beruht auf Begriffsunschärfen und -mißverständnissen und erweist sich so bei klarer Diktion als nicht bestehend. Es gilt, zwischen dem gesetzlich garantierten Kernbereich in oben definiertem Sinn¹⁶⁰ und dem tatsächlichen Ressort des Arbeitsdirektors zu trennen. Diese Unterscheidung wird in der Literatur (noch) nicht deutlich gemacht, weshalb es oft zu Ungenauigkeiten kommt.

Gemäß §33 Abs.1 MitbestG muß ein Arbeitsdirektor bestellt werden, dem eine Kernbereichsgarantie zukommt. Wie oben ausgeführt¹⁶¹, wird ein Bewerber bereits als Arbeitsdir

155: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 28

156: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 28
Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 46

157: Hoffmann BB 77, 17(22), Säcker DB 77, 1993(1999), vgl auch
Zöllner DB 76, 1766(1768 f)

158: statt vieler Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 16

159: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 35

160: vgl oben S.72 ff

161: vgl oben S.66 f

rektor bestellt, er erhält sein Amt also nicht etwa erst durch die Geschäftsordnung. Hieraus folgt: wird ein Arbeitsdirektor bestellt, so kommt ihm mit diesem Akt gleichzeitig die Kernbereichskompetenz zu. Zwischen der Bestellung zum Arbeitsdirektor und der Zuweisung der Kernbereichskompetenz besteht ein direkter und unauflöslicher Zusammenhang. Daß es sich hierbei um getrennte Vorgänge handeln soll, ist deshalb schlechterdings nicht vorstellbar, zumal es sich bei der Kernbereichsgarantie um eine gesetzliche handelt, die privater Disposition entzogen ist.

Der Hinweis, der Arbeitsdirektor werde lediglich als gleichberechtigtes Mitglied bestellt, weshalb die Aufgabenzuweisung an ihn wie bei den anderen Mitgliedern des Vertretungsorgans durch die Geschäftsordnung vorgenommen werden müsse, ändert hieran nichts. Bereits aus dem Wortlaut des §33 Abs.1 Satz 1 MitbestG ergibt sich, daß sich "gleichberechtigt" auf "Mitglied" bezieht, nicht aber auf "wird ein Arbeitsdirektor bestellt". Daraus folgt: die Gleichberechtigung greift erst dann Platz, wenn der Arbeitsdirektor als Mitglied des Vertretungsorgans bestellt ist. Aus dem gleichartigen Bestellungsverfahren für alle Mitglieder des Vertretungsorgans läßt sich ebenfalls anderes nicht herleiten, da §31 MitbestG nur das formelle Verfahren betrifft. Keine Aussage wird dadurch über den materiellen Gehalt des Bestellungsakts, über die Art und Weise der Kernbereichszuweisung getroffen.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung wird durch §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG bestätigt, wonach das Nähere ausdrücklich die Geschäftsordnung regelt. Wenn das Gesetz die Bestimmung des Näheren für den Arbeitsdirektor der Geschäftsordnung auferlegt, so ergibt sich im Umkehrschluß, daß es das Grundsätzliche selbst geregelt hat. Die Kernbereichszuweisung ist Grundsätzliches in diesem Sinne, weshalb sich aus §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG, argumentum e contrario, ergibt, daß der Kernbereich dem

Arbeitsdirektor von Gesetzes wegen durch die Bestellung zugewiesen wird.

§33 Abs.2 Satz 1 MitbestG, wonach der Arbeitsdirektor "seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben" hat, wird nur so verständlich. Was anderes als seine Kernbereichszuständigkeit sollte der Arbeitsdirektor sonst im Einvernehmen ausüben, wenn die Geschäftsordnung alles bestimmt? Würde der Kernbereich durch die Geschäftsordnung zugewiesen, so müßten in §33 Abs.2 MitbestG die Sätze 1 und 2 vertauscht werden, was keinen Sinn ergäbe.

Mit der Zuteilung des Kernbereichs durch den Akt der Bestellung hat der Arbeitsdirektor diesen im Sinne einer bloßen Bestimmbarkeit übertragen bekommen, nicht jedoch die Kompetenz für einzelne konkrete Aufgaben erhalten. Dies gilt es zu verdeutlichen. Es ist deshalb unzutreffend, wenn man meint, die Bestellung als Arbeitsdirektor habe neben der Berufung in das Vertretungsorgan auch die Zuweisung bestimmter Aufgaben zum Inhalt¹⁶², so daß dieser ohne nähere Festlegung von Zuständigkeiten tätig werden könnte¹⁶³. Dies ist nicht einmal für die dem Arbeitsdirektor unentziehbaren Bereiche richtig, da selbst diese einer näheren Ausgestaltung bedürfen. Die konkrete Aufgabenverteilung innerhalb des Vertretungsorgans kann nur durch die Geschäftsordnung vorgenommen werden. Hierbei sind nun die unterschiedlichen Bedürfnisse der Unternehmen zu berücksichtigen, was vom Gesetz nicht befriedigend geleistet werden könnte¹⁶⁴.

VI. DIE NOTWENDIGKEIT EINER GESCHÄFTSORDNUNG

Gemäß §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG regelt Näheres die Geschäftsordnung. Zu fragen ist, ob die Erstellung einer

162: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 26, Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 16 f

163: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 16

164: vgl oben S.74

solchen in das Belieben der Unternehmen gestellt oder durch das Mitbestimmungsgesetz zur Pflicht geworden ist. Beantworten läßt sich dies nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern das zu bestimmende Nähere selbst ist heranzuziehen. Das durch die Geschäftsordnung zu bestimmende Nähere sind die Aufgaben des Arbeitsdirektors in Realisierung der gesetzlichen Kernbereichsgarantie. Nach dem dargelegten Kernbereichsverständnis¹⁶⁵ ist es unabdingbar, daß Näheres geregelt wird, die Aufgaben in ihrer Verschiedenheit und Gewichtigkeit praktikabel abgegrenzt und umschrieben werden.

Von der Gesetzesintention ausgehend ist einerseits die Auffassung zu weitgehend, die in §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG eine gesetzliche Pflicht zum Erlass einer Geschäftsordnung sieht¹⁶⁶, zumindest mißverständlich andererseits die Ansicht, den Unternehmen stehe es frei, Näheres durch die Geschäftsordnung zu regeln¹⁶⁷. Notwendig, aber auch ausreichend ist vielmehr, daß Näheres bestimmt wird; ob dies durch die Geschäftsordnung, den Anstellungsvertrag oder kraft praktischer Übung geschieht, ist unter dem Gesichtspunkt des Zwecks des Gesetzes gleichgültig. Maßgebend ist allein, daß die Zuständigkeiten und Aufgaben des Arbeitsdirektors innerhalb des Unternehmens und des Vertretungsorgans befriedigend geregelt sind¹⁶⁸.

Die hier vertretene Auffassung wird durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt. Versteht man das Wort "Geschäftsordnung" nicht im technischen Sinn als eine schriftlich fixierte, in Paragraphen gefaßte Regelung, sondern unbefangen als "die Ordnung der Geschäfte", so besagt dies gerade oben Ausgeführtes. Die Ordnung der Geschäfte hat

165: vgl oben S.72 f

166: so noch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG 1.Aufl. §33 Rdn 25, Wlotzke: Das Arbeitsrecht der Gegenwart 76, 17(36), Duden ZHR 77, 145(165), Benze u.a. MitbestG §33 Rdn 110

167: so m.E. Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 49, Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 51

168: m.E. wie hier Hoffmann: Der Aufsichtsrat Rdn 222, nicht ganz deutlich Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 64

Näheres zu regeln, gleichgültig woraus sich die Ordnung der Geschäfte im einzelnen ergibt, wenngleich eine Geschäftsordnung im technischen Sinn der gesetzlichen Pflicht in der Regel am besten genügen wird.

VII. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBERECHTIGTES MITGLIED DES VERTRETUNGSORGANS

1. ALLGEMEINES

Der Arbeitsdirektor ist "als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs"¹⁶⁹ zu bestellen. Die ausdrückliche Feststellung des Gesetzes verwundert, da der Arbeitsdirektor ein Organmitglied wie jedes andere ist¹⁷⁰, und sie deshalb nicht notwendig erscheint. Jedoch darf nicht übersehen werden, daß die Stellung als Organmitglied an sich noch nicht die Gleichberechtigung im Organ garantiert. Im geltenden Gesellschaftsrecht ist diese unter den Mitgliedern des Vertretungsorgans, wenngleich auch in der Praxis zumeist üblich, gesetzlich nicht vorgeschrieben¹⁷¹. Vielmehr kann aufgrund der Satzung, der Geschäftsordnung oder des Anstellungsvertrags die Rechtsstellung der einzelnen Organmitglieder verschieden geregelt sein. Zwar sind die Möglichkeiten der Gestaltung in den einzelnen Gesellschaftsformen unterschiedlich, aber selbst das mit vielen unabdingbaren Regelungen versehene Aktienrecht läßt in dieser Frage weitgehend freie Hand. Die gesetzliche Feststellung der Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors ist somit nicht ohne Sinn, da die bisher eingeräumte Freiheit hierdurch zugunsten des Arbeitsdirektors eingeschränkt

169: §33 Abs.1 Satz 1 MitbestG

170: vgl oben S.41 ff

171: vgl aber §94 AktG, wonach die Vorschriften über die Vorstandsmitglieder auch für deren Stellvertreter gelten, was aber keinen Anspruch auf Gleichberechtigung gibt, da die Vorstandsmitglieder selbst unterschiedlich behandelt werden können

wird.

Dem Begriff der Gleichberechtigung liegt der allgemeine Gleichheitssatz zugrunde, der einen zweifachen Inhalt hat. Er verbietet einerseits die Ungleichbehandlung gleicher oder im wesentlichen gleicher Tatbestände und er gebietet andererseits die Ungleichbehandlung ungleicher oder im wesentlichen ungleicher Tatbestände¹⁷². Das Gebot des Gleichheitssatzes ist dann verletzt, wenn für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund nicht vorhanden ist, wenn also die Regelung als willkürlich bezeichnet werden muß¹⁷³. Die gesetzlich festgestellte Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors enthält somit ein Verbot der willkürlichen Ungleichbehandlung. Das damit ausgesprochene Diskriminierungsverbot¹⁷⁴ gestattet für den Arbeitsdirektor nur eine sachlich gebotene Abweichung von der grundsätzlichen Gleichbehandlung der anderen Organmitglieder.

2. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBERECHTIGTES MITGLIED IM VORSTAND EINER AKTIENGESELLSCHAFT

a. GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS

Auszugehen ist von den bisherigen Regeln des Aktiengesetzes, denn es ist nicht Ziel des Mitbestimmungsgesetzes, tiefgreifend in bestehendes Gesellschaftsrecht einzugreifen¹⁷⁵. Zu beachten ist allerdings die gesetzliche Kernbereichsgarantie und das Gebot der Gleichberechtigung. Zunächst fragt sich, ob die notwendige Geschäftsordnung¹⁷⁶

172: Hermann/Lenz: Das Grundgesetz Art 3 Anm 4, vgl hierzu näher Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts §12 II

173: BVerfGE 1, 14(52)

174: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 23

175: vgl BT-Drucks. 7/2172 S.17

176: vgl oben S.86 f

ihrer Pflicht nachkommt, wenn sie die aktienrechtlichen Bestimmungen als die Regelung des Näheren übernimmt. Kann die Geschäftsordnung durch Zitieren des §77 Abs.1 Satz 1 AktG Gesamtgeschäftsführung anordnen mit der Folge, daß der aktienrechtliche "Normalzustand" gilt, also Näheres gerade nicht geregelt ist, ohne die Kernbereichsgarantie des §33 MitbestG dabei zu verletzen¹⁷⁷?

Das Problem wird außer hin und wieder in der Kommentarliteratur nicht angesprochen, wobei die entsprechenden Äußerungen sehr zurückhaltend sind¹⁷⁸.

Die Antwort ist mit Hilfe der Merkmale des Kernbereichsbegriffs zu suchen. War oben zu prüfen¹⁷⁹, ob bestimmte einzelne Aufgaben aus dem Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors ohne Verletzung des Kernbereichs ausgliedert werden können, so war dort die quantitative Komponente angesprochen. Ob Gesamtgeschäftsführungsbefugnis den Voraussetzungen des Kernbereichs genügt, ist dagegen ein qualitatives Problem. Das Mindestmaß an Qualität muß so beschaffen sein, daß es den Arbeitsdirektor als Mitglied des Vorstands unter den anderen Mitgliedern als solchen unter solchen charakterisiert. Hierbei ist nicht die Nomenklatur, sondern es sind die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend. Aus dieser Mindestmaßdefinition folgt, daß Gesamtgeschäftsführung den Erfordernissen der Kernbereichsgarantie nicht genügt. Wie sich aus dem Begriff der Gesamtgeschäftsführung ergibt, muß bei jeder Maßnahme der Geschäftsführung Einstimmigkeit gegeben sein. Zwar kann diese in bestimmte Mehrheitserforder-

177: Praktisch wird diese Frage insbesondere bei einem nur zweigliedrigen Vorstand, zumal wenn das andere Vorstandsmitglied der Groß- oder Alleinaktionär ist und damit ein umfassendes Interesse an der gesamten Geschäftsführung hat.

178: vgl beispielsweise: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 40 spricht von "sehr oft geboten erscheinen lassen", Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 24 behandelt die Frage ausdrücklich nicht, Raiser MitbestG §33 Rdn 15, 18, 19 scheint das Problem zu übersehen, ebenso Rumpff in GK-MitbestG §33 Rdn 32 ff

179: vgl oben S.77 ff, 80 ff und Benze u.a. MitbestG §33 Rdn 106 ff

nisse abgeschwächt werden, was aber nichts an der Tatsache ändert, daß jedes Mitglied für jeden Bereich gleichermaßen zuständig ist, eine besondere Charakterisierung sich aus der Aufgabenverteilung gerade nicht ergibt. Besteht Gesamtgeschäftsführungsbefugnis, so läßt sich der Arbeitsdirektor aufgrund der Aufgabenzuweisung als solcher nicht erkennen. Seine Stellung würde allenfalls der eines nachgeordneten Vorgesetzten entsprechen, nicht aber der eines Mitglieds des Vertretungsorgans, das vorwiegend für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig ist. Als Ergebnis läßt sich insoweit festhalten, daß dem Arbeitsdirektor Einzelgeschäftsführungsbefugnis eingeräumt sein muß.

Mit diesem Ergebnis ist die Frage allerdings nicht umfassend beantwortet. Wurde oben festgestellt, daß dem Arbeitsdirektor der Bereich Tarifwesen nicht entzogen werden kann¹⁸⁰, so war damit noch keine Aussage über die qualitative Entscheidungsbefugnis des Arbeitsdirektors in diesen Angelegenheiten gemacht. Vorliegend handelt es sich um den umgekehrten Fall. Da sich der Kernbereich aus zwei Merkmalen zusammensetzt, ist zu fragen, wie sich die qualitative Notwendigkeit der Einzelgeschäftsführungsbefugnis zum quantitativen Moment verhält.

Auf der Hand liegt einerseits, daß alle für das gesamte Unternehmen wesentlichen Fragen nicht allein der Entscheidung des Arbeitsdirektors unterstehen können, was für seine Charakterisierung auch nicht notwendig ist. Andererseits ist erforderlich, daß alle nur ausschließlich das Personal- und Sozialwesen betreffenden Angelegenheiten vom Arbeitsdirektor alleinverantwortlich entschieden werden. Sind somit die Extreme beschrieben, so bewegen sich die anderen Aufgaben zwischen diesen, wobei das Gewicht der Entscheidungsbefugnis des Arbeitsdirektors daran zu messen ist, inwieweit Bereiche anderer Ressorts

¹⁸⁰: vgl. oben S.80 ff

oder das Unternehmen an sich betroffen ist. Hieraus ergibt sich die Regel, daß, je wesentlicher eine Angelegenheit für das Unternehmen als Ganzes ist, desto unwesentlicher ist die Entscheidungsbefugnis des Arbeitsdirektors, je unwesentlicher eine Angelegenheit für das Unternehmen als Ganzes ist, desto wesentlicher ist die Entscheidungsbefugnis des Arbeitsdirektors.

Zulässig ist, unabhängig von der eben behandelten Frage, ein Mitglied zum Vorstandsvorsitzenden zu benennen¹⁸¹. Möglich ist auch, daß dem Vorstandsvorsitzenden bei Stimmengleichheit der Stichtentscheid zufällt, falls das Mehrheitsprinzip gilt und diese Art der Pattauflösung für alle Ressorts vorgesehen und praktiziert wird. Geht dies aber soweit, daß der Stimme des Arbeitsdirektors letztlich keinerlei Gewicht zukommt, so verstößt dies sowohl gegen den Gleichheitsgrundsatz als auch gegen die Kernbereichsgarantie. Deshalb darf bei einem Vorstand, der nur aus zwei Mitgliedern besteht, der Vorstandsvorsitzende, falls er nicht Arbeitsdirektor ist, in Pattsituationen den Arbeitsdirektor nicht überstimmen können¹⁸². Nicht zulässig ist, wie sich bereits aus §77 Abs.1 Satz 2 AktG ergibt, daß der Vorstandsvorsitzende gegen die Stimmen der Mehrheit des Organs entscheidet.

In der Literatur umstritten ist die Frage, ob dem Vorstandsvorsitzenden ein Widerspruchsrecht zustehen kann, mit der Folge, daß bei dessen Gebrauch die entsprechende Maßnahme zu unterbleiben hat¹⁸³. Die Antwort ist wiederum mittels der durch §33 MitbestG geschaffenen Kriterien der Gleichberechtigung und der Kernbereichsgarantie zu

181: vgl etwa Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 42, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 24, Raiser MitbestG §33 Anm 21

182: vgl Hoffmann BB 77, 22, Säcker DB 77, 1993(1999 Fn 52), auch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 43, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 23, Raiser MitbestG §33 Rdn 22

183: bejahend Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 23; mit Einschränkung Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 42; verneinend Säcker DB 77, 1993(1999 Fn 52)

suchen. Wurde oben festgestellt¹⁸⁴, daß die gesetzliche Kernbereichsgarantie eine Einzelgeschäftsführungsbefugnis des Arbeitsdirektors in bestimmten Bereichen notwendig macht, so folgt hieraus, daß in diesen Angelegenheiten ein Vetorecht des Vorsitzenden nicht bestehen kann. Andernfalls könnte dies leerlaufen. Ein Widerspruchsrecht ist insoweit nicht möglich, als der Arbeitsdirektor dadurch in seiner Substanz getroffen wird. Im übrigen ist die Zulässigkeit eines Vetorechts des Vorsitzenden eine Frage der Gleichbehandlung, also eine solche der sachlichen Rechtfertigung und der gleichmäßigen Anwendung auf alle Mitglieder des Geschäftsführungsorgans.

Der Arbeitsdirektor muß in allen Fragen, die in der Kompetenz des Gesamtorgans liegen¹⁸⁵, als gleichberechtigtes Mitglied teilnehmen. Der Umfang der Gesamtzuständigkeit ist gesetzlich abschließend nicht bestimmt, weshalb er unterschiedlich ausfallen kann. Verbindliche Regeln werden durch Satzung oder Geschäftsordnung getroffen. Hieran ist der Arbeitsdirektor insoweit gebunden, als in sein Ressort eingegriffen wird. Eine Diskriminierung liegt dann nicht vor, wenn diese Beschränkungen für die anderen Vorstandsmitglieder gleichermaßen gelten¹⁸⁶. So kann beispielsweise vorgesehen sein, daß die Geschäfte, die einen bestimmten finanziellen Rahmen übersteigen oder für das Unternehmen von längerfristiger Bedeutung sind, der Kompetenz des Gesamtorgans unterfallen. Ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 MitbestG liegt hingegen stets dann vor, wenn der Bereich der Gesamtgeschäftsführung im Verhältnis zu den anderen Ressorts in das des Arbeitsdirektors sachlich nicht gerechtfertigt weit eingreift. In grober Weise wäre dies der Fall, wenn im Vorstand grundsätzlich umfassende Einzelgeschäftsführung, für den Arbeitsdirektor jedoch weitgehend Gesamtgeschäftsführung vorgesehen

184: vgl oben S.90 f

185: vgl oben S.20

186: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 33 Rdn 23, ähnlich Rumpff in GK-MitbestG § 33 Rdn 36 f

wäre. Ebenso ist es mit Regelungen, die für bestimmte Maßnahmen des Arbeitsdirektors die Zustimmung eines oder mehrerer anderer Ressortchefs vorsehen, wenngleich ein sachlicher Zusammenhang mit anderen Bereichen nicht besteht¹⁸⁷. Sinn solcher Bestimmungen kann nur sein, vor Ausführung einer Angelegenheit möglichst alle davon betroffenen Gesichtspunkte Berücksichtigung finden zu lassen. Ist eine Maßnahme nicht von übergreifender Natur, so sind derartige Beschränkungen eine Diskriminierung.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß der Arbeitsdirektor grundsätzlich dasselbe Maß an Selbständigkeit haben muß wie die anderen Mitglieder des Vorstands, mindestens jedoch eine begrenzte Einzelgeschäftsführungsbefugnis für bestimmte Angelegenheiten. Besteht für die übrigen Ressorts umfassende Einzelgeschäftsführung, so kann diese dem Arbeitsdirektor nicht vorenthalten werden.

b. VERTRETUNGSBEFUGNIS

Für die das Außenverhältnis betreffende Vertretungsbefugnis gelten zunächst die oben entwickelten Grundsätze¹⁸⁸, wenngleich hier differenziertere Regelungen innerhalb des Vorstands möglich sind, ohne daß sogleich eine Diskriminierung des Arbeitsdirektors vorliegen würde. Auszugehen ist von der nicht stets notwendig streng einzuhaltenden Regel, daß der Geschäftsführungsbefugnis im Innern die Befugnis der Vertretung nach außen entspricht. Gilt die von §78 Abs.2 Satz 1 AktG vorgesehene Gesamtvertretung, so erschöpft sich die Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors in der Gleichgewichtigkeit seiner Beteiligung. Zulässig ist, daß einzelnen Organmitgliedern durch Satzung oder Geschäftsordnung Einzelvertretungsbefugnis eingeräumt ist, woraus sich zunächst kein Anspruch des Arbeits-

187: Ballerstedt ZGR 77, 133(150)

188: vgl oben S.88

direktors auf Gleiches ergibt¹⁸⁹. Hat der Vorstandsvorsitzende Einzelvertretungsbefugnis, während den anderen Mitgliedern diese nicht zusteht, so liegt hierin keine den Arbeitsdirektor verletzende Diskriminierung¹⁹⁰. Die Einzelvertretungsbefugnis rechtfertigt sich in diesem Fall durch die hervorragende Position des Vorsitzenden. Entscheidend ist stets, daß der Arbeitsdirektor mit gleichem Maß wie seine Vorstandskollegen gemessen wird. Ist beispielsweise die Berechtigung zur Einzelvertretung abhängig von einer bestimmten Mitgliedszeit im Vorstand, so wird auch der Arbeitsdirektor von dieser Regel getroffen. Auch abgestufte Befugnisse zur Vertretung der Gesellschaft sind möglich, soweit die hierfür geltenden Kriterien allgemeine Anwendung finden¹⁹¹. Allerdings muß dem Arbeitsdirektor Vertretungsbefugnis, cum grano salis entsprechend seiner Geschäftsbefugnis, zukommen, von der er nicht gänzlich ausgeschlossen sein. Anderes würde seiner Stellung als gleichberechtigtes Mitglied des Vertretungsorgans widersprechen, was besonders im zweigliedrigen Vorstand deutlich wird.

Eine unzulässige Ungleichbehandlung des Arbeitsdirektors läge vor, wenn Maßstab für die Vertretungsbefugnis die Ressortinhaberschaft allein wäre, wobei für das Ressort des Arbeitsdirektors stets Gesamtvertretung oder Vertretung in Gemeinschaft mit einem anderen Mitglied des Vorstands oder einem Prokuristen vorgesehen wäre, während für die übrigen Bereiche eine solche Bindung nicht bestehen würde¹⁹². Der Arbeitsdirektor darf nicht aufgrund seiner Funktion in der Vertretungsbefugnis beschränkt werden, denn dies wäre weder allgemein noch sachlich ge-

189: Hoffmann BB 77, 21

190: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 25, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 44, Raiser MitbestG §33 Rdn 33

191: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 44

192: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 44, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 25, Raiser MitbestG §33 Rdn 23

rechtfertigt, so daß ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen würde.

c. BESTELLUNG UND ANSTELLUNGSVERTRAG

Das Diskriminierungsverbot gilt auch für die Bestellung und den Anstellungsvertrag, so daß nur allgemein geltende und sachlich gerechtfertigte Unterschiede zulässig sind. Zum Teil ist üblich, nicht alle Vorstandsmitglieder auf die Zeit der gesetzlichen Höchstdauer von fünf Jahren zu bestellen. Insbesondere ist es zulässig, daß eine Erstbestellung auf kürzere Zeit vorgenommen wird. So wird der Arbeitsdirektor nicht unzulässig diskriminiert, wenn er bei seiner ersten Bestellung eine kürzere Amtsdauer erhält als Vorstandsmitglieder, die als solche für das Unternehmen schon länger tätig sind¹⁹³. Die Amtszeit muß allerdings der Organstellung als Vorstandsmitglied adäquat sein, sie darf nicht so kurz bemessen werden, daß faktisch ein der unabhängigen Stellung des Vorstands entsprechendes Arbeiten nicht möglich ist. Die Bestellung auf beispielsweise ein Jahr wäre deshalb unzulässig¹⁹⁴.

Entsprechendes gilt für den Anstellungsvertrag. Dem Arbeitsdirektor müssen grundsätzlich die gleichen Vertragsbedingungen eingeräumt werden wie den anderen Vorstandsmitgliedern auch¹⁹⁵. Dies gilt insbesondere für das Gehalt sowie für weitere Leistungen. Allerdings unterliegt die Gestaltung des Anstellungsvertrages der individuellen Aushandlung. Unterschiede sind auch hier zulässig, soweit sie auf sachlich gerechtfertigten, nicht an die

¹⁹³: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 26

¹⁹⁴: Ausnahmen gelten in Sonderfällen, beispielsweise bei Interimslösungen etc., vgl auch Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt: Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung S.80

¹⁹⁵: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 48, Raiser MitbestG §33 Rdn 24

Institution des Arbeitsdirektors anknüpfenden Gründen beruhen¹⁹⁶. So ist üblich, daß bereits länger tätige Vorstandsmitglieder höhere Gehälter beziehen als gerade beginnende. Ebenso können zusätzliche Leistungen mit Dienst- oder Lebensalter sowie mit Qualifikationen verknüpft werden, sofern alle Vorstandsmitglieder diesen Maßstäben unterliegen.

d. ANSPRUCH UND WIRKLICHKEIT

Es darf nicht verkannt werden, daß die Verwirklichung der gleichberechtigten Stellung des Arbeitsdirektors innerhalb des Vorstands weniger eine Frage der Erarbeitung theoretischer, das Gesetz befriedigender Kriterien als vielmehr ein Problem der praktischen Realität innerhalb der Vorstände selbst ist. Beredte Beispiele der alltäglichen Situation in den Leitungsorganen haben mehrere empirische Untersuchungen über die Vorstände in der Montanindustrie sowie andere Veröffentlichungen gebracht¹⁹⁷. Wenngleich einige dieser Publikationen mit einem leicht zu erkennenden Vorverständnis verfaßt wurden, so ist ihnen doch die Auffassung gemeinsam, daß von kollegialer Gleichberechtigung innerhalb der Vorstände oft bzw. meist nicht gesprochen werden kann, was auf vielfältige Umstände zurückzuführen ist. Einmütig wird bestätigt, daß gerade der Aktionssektor des im Vorstand gleichberechtigten Arbeitsdirektors in der Montanindustrie mehr vom Grad seiner Persönlichkeit als durch seine formale Rechtsstellung bestimmt wird. Es besteht kein Anlaß zu der Annahme,

196: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 26, Raiser Mitbest §33 Rdn 24

197: Brinkmann-Herz: Entscheidungsprozesse in den Aufsichtsräten der Montanindustrie; Horné: Der beklagte Sieg; Neuloh: Die Deutsche Betriebsverfassung; ders.: Der neue Betriebsstil; Potthoff: Zwischenbilanz der Mitbestimmung; Tegtmeier: Wirkung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer; Voigt/Weddigen: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung;

daß, falls der Arbeitsdirektor gewerkschaftsorientiert ist, sich die Verhältnisse im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes wesentlich anders entwickeln, mögen sich auch Unterschiede aufgrund der Andersartigkeit der betroffenen Branchen im Einzelfall ergeben¹⁹⁸. Die praktische Möglichkeit der "Abschottung" besteht überall, so daß permanente Informationsdefizite die Vollwertigkeit des Arbeitsdirektors verhindern können.

3. DER ARBEITSDIREKTOR ALS GLEICHBERECHTIGTES MITGLIED DER GESCHÄFTSFÜHRUNG EINER GMBH

Dem Arbeitsdirektor kommt innerhalb des Geschäftsführungsorgans der GmbH grundsätzlich dieselbe rechtliche Stellung zu wie im Vorstand einer Aktiengesellschaft¹⁹⁹. Dies gilt insbesondere für die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sowie für Bestellung und Anstellungsvertrag. Auch die Bemerkungen zur tatsächlichen Situation gelten hier entsprechend, weshalb auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden kann²⁰⁰. Allerdings bestehen bei der GmbH einige Abweichungen, die sich aufgrund des vom Aktienrecht verschiedenen GmbH-Rechts ergeben. Sie beruhen im wesentlichen auf der Erscheinung des Gesellschafter-Geschäftsführers sowie auf der Stellung der Gesellschafter als dem obersten Organ der Gesellschaft²⁰¹.

a. DER ARBEITSDIREKTOR UND DER GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER

Dem Gesellschafter-Geschäftsführer kommt aufgrund seiner

¹⁹⁸: vgl auch Michaels aaO

¹⁹⁹: vgl z.B. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 42 ff,
Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 29

²⁰⁰: vgl oben S.89

²⁰¹: vgl oben S.29 f

Doppelstellung nach Vertrag oder Geschäftsordnung meist eine rechtlich und tatsächlich stärkere Stellung zu als anderen Organmitgliedern. Da sich solche Unterschiede gerade aus der Gesellschafterstellung rechtfertigen, sind sie sachlich und diskriminieren den Arbeitsdirektor nicht, soweit zwischen ihm und anderen Nicht-Gesellschaftern-Geschäftsführern keine sachlich nicht gerechtfertigten Unterschiede gemacht werden²⁰². Die Befugnisse des Gesellschafter-Geschäftsführers finden allerdings ihre Grenze zum einen in der Organstellung des Arbeitsdirektors, da er stets eine dieser entsprechenden Rechtsposition innehaben muß, zum anderen in der Kernbereichsgarantie. Insoweit wird auf nachfolgende Ausführungen verwiesen.

b. DER ARBEITS DIREKTOR UND DAS WEISUNGSRECHT DER GESELLSCHAFTER

Eine wichtige und schwierige Frage ist, ob, und wenn ja, in welchem Umfang, den Gesellschaftern ein Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten auch nach Einführung des §33 MitbestG zusteht. Insbesondere wird hier deutlich, daß zwei in Konflikt zueinander stehende Prinzipien zur Deckung zu bringen sind²⁰³. Einerseits sollen die Personal- und Sozialangelegenheiten aufgrund des gesetzlich garantierten Kernbereichs vom Arbeitsdirektor auch in der GmbH im Geschäftsführungsorgan wahrgenommen werden, andererseits soll das geltende, auf der Privatautonomie beruhende Gesellschaftsrecht mit seinen Besonderheiten weitgehend auch künftig Beachtung finden.

In der Literatur wird die Frage des Weisungsrechts in der Regel im Zusammenhang mit dem Kompetenzverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Gesellschaftern behandelt, wobei

202: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 30

203: vgl Baumann ZHR 78, 557(562)

im Grunde drei Ansichten vertreten werden: erstens eine gesellschaftlerfreundliche²⁰⁴, die den Gesellschaftern ein Weisungsrecht in bisherigem Umfang zugestehen will, zweitens eine mitbestimmungsfreundliche²⁰⁵, die ein Weisungsrecht mit der durch das Mitbestimmungsgesetz geschaffenen Kompetenzverteilung nicht für vereinbar hält und drittens eine vermittelnde Lösung²⁰⁶, die unter Anerkennung eines Weisungsrechts einen Ausgleich zwischen Mitbestimmungsgesetz und Gesellschaftsrecht sucht. Das vorliegend interessierende Verhältnis zwischen Weisungsrecht und gesetzlicher Kernbereichsgarantie wird außer in der Kommentarliteratur kaum angesprochen²⁰⁷. Nach wohl herrschender Meinung ist der Arbeitsdirektor einer GmbH außer an die internen Regelungen der Geschäftsordnung auch an die Weisungen der Gesellschafter gebunden²⁰⁸. Wo im einzelnen die Grenzen des Weisungsrechts liegen, wird regelmäßig nicht beantwortet. Man beschränkt sich einerseits auf den Hinweis, der Arbeitsdirektor habe keinen Sonderanspruch auf größere Freizügigkeit in der Geschäftsführung²⁰⁹ und macht andererseits ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die Gesellschafter die gleichberechtigte Stellung des Arbeitsdirektors zu beachten haben²¹⁰. Eine Abgrenzung läßt sich hiermit im Einzelfall nur schwerlich finden.

Aus der Geltung des §33 MitbestG für die GmbH folgt, daß auch hier für das Vorhandensein eines Arbeitsdirektors der realisierte Kernbereich und nicht die Titulatur kon-

204: Hölters BB 75, 797(799), Flume ZGR 78, 678(687), Overlack ZHR 77, 125(141), Wiedemann BB 78, 5(6 f), Hoffmann/Neumann GmbHR 76, 183, Hoffmann GmbHR 74, 73(75),

205: Naendrup AuR 77, 225(232), Reich AuR 76, 261(272),

206: vgl z.B. Baumann ZHR 78, 557(565 ff), Zöllner ZGR 77, 319(324 ff),

207: Ausführungen zum Arbeitsdirektor macht Overlack ZHR 77, 125 (140 f)

208: vgl statt vieler Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 47, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 31 m.w.N., Baumann ZHR 78, 557 ff m.w.N., Schilling in Hachenburg §52 Rdn 132; a.A. Naendrup AuR 77, 225(232 f)

209: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 31

210: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 47

stitutiv ist. Demnach ist der Kernbereich Maßstab für den Umfang und die Grenzen des Gesellschafterweisungsrechts. Oben wurde ausgeführt, daß grundsätzlich alle Fragen des Personal- und Sozialwesens den gesetzlich garantierten Kernbereich zu realisieren geeignet sind²¹¹. Hierbei gibt es solche Angelegenheiten, die begriffsnotwendig zu den dem Arbeitsdirektor unentziehbaren Aufgaben gehören²¹². Aus der Unterscheidung von notwendig und nicht notwendig zum Ressort des Arbeitsdirektors gehörenden Fragen ergibt sich, daß das Weisungsrecht der Gesellschafter sich unbeschränkt auf die nicht in diesem Sinn notwendigen Aufgaben erstreckt. Dies folgt, argumentum a maiore ad minus, daraus, daß, falls eine Angelegenheit nicht dem Ressort des Arbeitsdirektors zwingend zugewiesen sein muß, in dieser, falls sie ihm zugewiesen ist, auch konkrete Einzelweisungen ergehen können, ohne daß insoweit ein den Arbeitsdirektor in seiner Substanz treffender Eingriff vorliegt. Eine Grenze findet sich hier in der gleichberechtigten Stellung des Arbeitsdirektors, so daß es nicht zulässig ist, diesen sachlich unbegründet überdurchschnittlich zu beschränken.

Zu einer Kollision zwischen Weisungsrecht und Kernbereichsgarantie kommt es im Bereich der dem Arbeitsdirektor unentziehbaren Aufgaben. Eine Abgrenzung ist unter jeweils möglichst geringem Funktionsverlust vorzunehmen. Da das Mitbestimmungsgesetz dem bestehenden Gesellschaftsrecht übergestülpt ist²¹³ und so von vornherein ein rechtsformspezifisches Mitbestimmungsgefälle aufweist, orientiert sich der Rahmen der dem Arbeitsdirektor unentziehbaren Aufgaben an der Rechtsform der fraglichen Gesellschaft. An die oben gemachte Unterscheidung zwischen quantitativen und qualitativen Merkmalen²¹⁴ des Kernbereichs sei nochmals erinnert. Ist der quantitative Um-

211: vgl oben S.76

212: vgl oben S.81

213: vgl Reich AuR 76, 261(262)

214: vgl oben S.73

fang der unentziehbaren Aufgaben bei der Aktiengesellschaft und der GmbH gleich, so besteht aufgrund des sich aus Gesellschaftsrecht ergebenden Weisungsrechts bei der GmbH ein Unterschied in qualitativer Hinsicht. Dieses Moment reduziert sich bis zu jenem Punkt, an dem dem Arbeitsdirektor, insgesamt betrachtet, maßgeblicher Einfluß nicht mehr zukommt, also man von einem Arbeitsdirektor nicht mehr sprechen kann. Demnach muß dem Arbeitsdirektor trotz Weisungsrecht der Gesellschafter in den ihm unentziehbaren Bereichen des Personal- und Sozialwesens eine eigenverantwortliche Geschäftsführungstätigkeit verbleiben, die seine Bezeichnung als solchen rechtfertigt²¹⁵. Daraus folgt, konkret sind dem Arbeitsdirektor quantitativ die gleichen Sachgebiete zuzuweisen wie bei der Aktiengesellschaft. Das bestehende Weisungsrecht der Gesellschafter endet in notwendig zum Ressort des Arbeitsdirektors gehörenden Fragen qualitativ dort, wo von einer eigenständigen Repräsentation der Personal- und Sozialangelegenheiten im Leitungsorgan nicht mehr gesprochen werden kann. Dies erfordert kein Herabsinken zur "Marionette der Gesellschafter", genügend wäre bereits eine Beschränkung auf rein organisationsrechtliche Kompetenzen. Insoweit ist in der GmbH der Arbeitsdirektor gegenüber den anderen Mitgliedern des Vertretungsorgans privilegiert.

c. KOMPETENZ ZUM ABSCHLUSS DES ANSTELLUNGSVERTRAGES

Zu prüfen ist, wer seitens der Gesellschaft für den Anstellungsvertrag, der vom körperschaftlichen Akt der Bestellung unterschieden wird, zuständig ist. In Betracht

²¹⁵: m.E. im Ergebnis wie hier Hommelhoff ZGR 78, 119(139 f), ähnlich Zöllner ZGR 77, 319(325 f), die jedoch das Problem zu undifferenziert angehen und die Grenze erst dort sehen, wo der Arbeitsdirektor zur Marionette der Gesellschafter wird

käme, der Aktiengesellschaft entsprechend, der mitbestimmte Aufsichtsrat einerseits oder, wie bei der nicht dem Mitbestimmungsgesetz unterliegenden GmbH, die Gesellschafter bzw. ein von diesen beauftragter Ausschuß andererseits. Sowohl für die erste wie für die zweite Möglichkeit sprechen im Ergebnis gute Gründe, die auch in der Literatur vertreten werden. Doch kann nicht das gewünschte Ergebnis Kriterium der Problemlösung sein, will man nicht dem Vorwurf ideologischen Vorverständnisses begegnen.

aa. Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat aufgrund
§§30, 31 MitbestG

In den Regelungen der §§30, 31 MitbestG über das gesetzliche Vertretungsorgan spricht das Gesetz eindeutig und ausschließlich von Bestellung und von Widerruf der Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs. Aufgrund der Verweisung ist gemäß §84 AktG hierfür der Aufsichtsrat zuständig. Nicht ist die Rede vom Anstellungsvertrag, so daß dies, wollte der Gesetzgeber in den §§30, 31 MitbestG auch die Anstellung erfassen, voraussetzt, daß er die Begriffe nicht im technischen Sinn verstanden haben will oder daß von ihm ein Unterschied zwischen Anstellung und Bestellung gar nicht gemacht wird. Insbesondere ist letzteres nicht zutreffend, da die strenge Trennung zwischen dem körperschaftlichen Akt der Bestellung und dessen Widerruf einerseits und dem dienstvertraglichen Anstellungsverhältnis andererseits seit langem sowohl in der Literatur wie auch in ständiger Rechtsprechung nahezu einhellig anerkannt wird²¹⁶. Der herrschenden Meinung folgend unterscheidet der Gesetzgeber gerade in dem in Bezug genommenen §85 AktG zwischen Bestellung und Anstellung. Auch innerhalb des Mitbestim-

²¹⁶: vgl. statt vieler Rittner DB 79, 973 m.w.N. in Fn 7

mungsgesetzes selbst werden beide Rechtsverhältnisse voneinander getrennt. So ist in §37 Abs.3 MitbestG sowohl von Bestellung und Widerruf als auch vom Anstellungsvertrag die Rede²¹⁷.

Die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber die Begriffe Bestellung und Widerruf der Bestellung nicht im Sinn der anerkannten Termini technici verstanden wissen will, kommt nicht in Betracht. Dies ergibt sich sowohl aus dem klaren Gebrauch eines eindeutigen Wortlauts als auch aufgrund der nahezu einhelligen Meinung. Hätte der Gesetzgeber anderes im Auge gehabt, so hätte dies im Wortlaut zumindest andeutungsweise seinen Ausdruck finden müssen. Darüber, daß mit dem Begriff Bestellung der körperschaftliche Akt gemeint ist, sind sich im übrigen auch die in der Literatur in dieser Frage sich widersprechenden Stimmen einig²¹⁸.

Die systematische Stellung des §31 MitbestG innerhalb der Regelungen des gesetzlichen Vertretungsorgans spricht ebenfalls für eine Beschränkung des Begriffs Bestellung auf den körperschaftlichen Akt. Dieser folgt nämlich dem grundsätzlichen §30 MitbestG, der lediglich Aussagen über das gesetzliche Vertretungsorgan trifft und die nachfolgenden Paragraphen auf dieses bezieht²¹⁹. Hieraus ergibt sich, daß, soweit in §31 MitbestG vom Aufsichtsrat die Rede ist, sich diese Kompetenzzuweisung nur auf die körperschaftliche Stellung des Vertretungsorgans bezieht, nicht aber den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag betrifft. Wäre dies anders, so müßten konsequenterweise für das Anstellungsvertragsabschlußverfahren die Absätze zwei bis fünf des §31 MitbestG gelten, was aber, soweit ersichtlich, von keiner Ansicht behauptet wird.

Aufgrund einer historischen Betrachtung ergibt sich

217: vgl hierzu Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 32 ff

218: vgl z.B. Säcker: Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das Mitbestimmungsgesetz 1976 S.35, Hoffmann/Neumann GmbHR 76, 183(184 f)

219: "soweit sich aus den §§31 bis 33 nichts anderes ergibt."

nichts Gegenteiliges. Die Entstehungsgeschichte des §31 MitbestG ist nach einhelliger Auffassung eindeutig²²⁰. In den einschlägigen Materialien ist ausschließlich von der Bestellung und deren Widerruf die Rede, nicht aber von der Kompetenz zum Abschluß des Anstellungsvertrages. So heißt es beispielsweise klar und unmißverständlich: "Nach Absatz 1 sind für die vom Gesetz erfaßten Unternehmen für die Bestellung und Abberufung des Vertretungsorgans grundsätzlich die Vorschriften des Aktiengesetzes maßgebend, soweit die Absätze 2 bis 5 nicht entgegen stehen," oder: "Die Vorschrift regelt die Bestellung des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs und den Widerruf der Bestellung. Sie soll, soweit dies im Interesse der Funktionsfähigkeit des Unternehmens nur irgend vertretbar ist, gewährleisten, daß die Leitung des Unternehmens sowohl durch die Anteilseigner als auch durch die Arbeitnehmer legitimiert ist."²²¹ In diesem Zusammenhang verwundert die Ansicht, der Gesetzgeber habe sich in dem Glauben befunden, er weise mit §31 MitbestG dem Aufsichtsrat neben der Zuständigkeit für die Bestellung auch die für den Anstellungsvertrag zu, was sich gerade aus den fehlenden Hinweisen in den Gesetzesmaterialien auf das Anstellungsverhältnis ergebe²²². Würde man dieser Auffassung mit der gegebenen Begründung folgen, so hätte dies für künftige Gesetzesauslegungen unabsehbare Folgen. Weiter spricht dagegen, daß bereits im Zusammenhang mit der Koalitionsvereinbarung im Januar 1974 auf die damalige Vorschrift des §28 RegE und deren "Regelungsdefizit" aufmerksam gemacht wurde²²³.

Zieht man Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes zu Rate, so ergibt sich auch unter diesem Gesichtspunkt

220: vgl Säcker aaO Fn 208, Rittner DB 79, 973(976), Loos DB 74, 823(825),

221: Begründung zum RegE v. 29.4.74 BT-Drucks. 7/2172 S.28

222: so Säcker: Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das Mitbestimmungsgesetz 1976 S.35

223: vgl Loos DB 74, 823(824 f)

nicht, daß für die Anstellung die Bestimmungen der §§84, 85 AktG gelten müßten. Zu Recht wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen²²⁴, daß in der Begründung zum Regierungsentwurf vom 29.4.74 nicht nur der Satz steht, es soll "die Mitbestimmung der Arbeitnehmer unter weitgehender Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts geregelt werden", sondern es weiter heißt: "Eine gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme von Anteilseignern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen - auf der Grundlage des geltenden Gesellschaftsrechts - bedingt, daß sich die Kontrollorgane der großen Unternehmen, die Aufsichtsräte, aus der gleichen Zahl von Mitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer zusammensetzen"²²⁵, ferner: "Die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs (z.B. Vorstand) ist eine besonders wichtige Aufgabe des Aufsichtsrats. Hierbei soll im Aufsichtsrat ein möglichst hohes Maß an Übereinstimmung bestehen. Deshalb war der Ausschuß einmütig der Auffassung, daß entsprechend der im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelung die Bestellung der Vorstandsmitglieder im Regelfall mit Zweidrittelmehrheit erfolgen soll,"²²⁶ Aus diesem und anderen Zitaten²²⁷ ergibt sich: das Ziel des Mitbestimmungsgesetzes ist die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats sowie eine demokratische Legitimation der Unternehmensleitung durch Anteilseigner und Arbeitnehmer gleichermaßen. Um letzteres, worum es vorliegend geht, zu erreichen, ist für den Aufsichtsrat die Kompetenz zur Bestellung und zum Widerruf der Bestellung erforderlich aber auch ausreichend. Einer Zuständigkeit für den Abschluß des Anstellungsvertrages bedarf es hierfür nicht, zumal diese Frage ganz am Rande steht, geht es doch in der Hauptsache um das politische Problem einer grundsätzlich paritätischen Legi-

224: Naendrup AuR 77, 225(230)

225: Ausschlußbericht BT-Drucks. 7/4845 S.2

226: Ausschlußbericht BT-Drucks. 7/4845 S.9

227: vgl. Begründung zum RegE v. 29.4.74 BT-Drucks. 7/2172 S.28

timierung der Unternehmensleitung²²⁸.

bb. Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat aufgrund
§25 Abs.1 Nr.2 MitbestG i.V.m. §112 AktG

§25 MitbestG, der die innere Ordnung sowie die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats regelt, verweist für die GmbH in seinem Abs.1 Nr.2 auf §112 AktG. Hiernach vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsführung. Daraus könnte sich für den Aufsichtsrat die Kompetenz zum Abschluß des Anstellungsvertrages mit dem Arbeitsdirektor ergeben²²⁹. In der Literatur ist man nahezu einheitlich der Auffassung, auch bei Befürwortern einer entsprechenden Kompetenz des Aufsichtsrats, daß die Verweisung des §25 Abs.1 Nr.2 MitbestG auf §112 AktG eine solche Zuständigkeit nicht begründet²³⁰. Man macht zutreffend darauf aufmerksam, daß die Verweisung des §25 Abs.1 Nr.2 MitbestG denjenigen der §§52 Abs.1 GmbHG und 77 Abs.2 Satz 2 BetrVG 52 entspricht.

Für die nicht mitbestimmte GmbH, bei der es keinen obligatorischen Aufsichtsrat gibt, verweist, im Falle des Bestehens eines freiwilligen Aufsichtsrats, §52 Abs.1 GmbHG auf §112 AktG. Allein hieraus ergibt sich keine Kompetenz für den fakultativ geschaffenen Aufsichtsrat, sondern vielmehr wird dadurch die Vertretung dem Aufsichtsrat nur insoweit zugewiesen als dies aufgrund genauer inhaltlicher Bestimmungen durch die Gesellschafter geregelt ist²³¹. §112 AktG ist in diesem Zusammenhang eine rein formale

228: Rittner DB 79, 973(976)

229: diese Konsequenz zieht eigentlich nur Raiser MitbestG §31 Rdn 23, m.E. auch Schilling in Hachenburg GmbHG §52 Rdn 132, allerdings ohne nähere Begründung

230: vgl Hoffmann/Neumann GmbHR 76, 183(185), Rittner DB 79 973(974), auch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 35, Zöllner ZGR 77, 319(321 f)

231: vgl statt vieler Zöllner ZGR 77, 319(321)

Regelung, die nur zur Anwendung kommt, wenn dem Aufsichtsrat aufgrund materiell-organisationsrechtlicher Regelungen eine Kompetenz gegenüber der Geschäftsführung zugewiesen ist²³². Letztlich beruht dies auf der Überlegung argumentum a maiore ad minus. Regeln die Gesellschafter in der Satzung, daß ein Aufsichtsrat bestellt wird, so obliegt ihnen auch kraft ihrer Kompetenz-Kompetenz die Erteilung von Zuständigkeiten an diesen. Das Ergebnis wird unterstützt durch das Fehlen einer der dem §23 Abs.5 AktG entsprechenden Norm innerhalb des GmbH-Rechts, so daß durch den Gesellschaftsvertrag stets vom Gesetz Abweichendes geregelt werden kann.

Ähnliches gilt für die Verweisung des §77 Abs.1 BetrVG 52 auf §112 AktG im Falle der Drittelmitbestimmung. Es handelt sich lediglich um ein beschränktes Vertretungsrecht und nicht etwa um eine zwingende Kompetenzzuweisung²³³. Dies ergibt sich bereits aus §46 Nr.8 GmbHG, der die Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern in den aufgezählten Fällen der Bestimmung der Gesellschafter unterstellt²³⁴. So war und ist man sich in der herrschenden Lehre sowie in der Praxis darin einig, daß die Gesellschafter zum Abschluß der Anstellungsverträge befugt sind²³⁵. Dieses Ergebnis beruht jedoch zum Teil auf einer nicht zutreffenden Begründung²³⁶. Man nimmt an, daß, da die Gesellschafter für die Bestellung der Geschäftsführer und deren Widerruf innerhalb der Drittelmitbestimmung nach wie vor zuständig sind, diesen auch eine entsprechende Befugnis für den Anstellungsvertrag "aus der Natur der Sache" zustehen müsse. Erklärlich wird

232: Rittner DB 79, 973(974)

233: Schilling in Hachenburg GmbHG §52 Rdn 131 räumt den Gesellschaftern die materielle Entscheidungsbefugnis ein, während er die formelle Vertretungsbefugnis dem Aufsichtsrat zukommen läßt.

234: Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG Anh.3 §77 BetrVG 52 Rdn 1

235: Säcker aaO S.36 m.w.N., Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG Anh.3 §77 BetrVG 52 Rdn 10

236: vgl unten S.110 ff

diese Überlegung aufgrund der Tatsache, daß man zwar seit Ausgang des 19. Jahrhunderts weitgehend von einer Trennung der Bestellung und deren Widerruf einerseits und der Anstellung andererseits ausging²³⁷, daß aber eine entgültige Entscheidung zugunsten der "Trennungstheorie" lange Zeit nicht gefallen war, wobei hinzukommt, daß die Zuständigkeit für Bestellung und Anstellung bislang faktisch beim gleichen Organ lag²³⁸. Die richtigen Überlegungen hingegen sind entsprechend den oben gemachten Ausführungen zu §52 GmbHG anzustellen. Zwar hat das Betriebsverfassungsgesetz 52 mit der Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats das Gesellschaftsrecht in seiner Struktur aus arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkten geändert, jedoch bleibt die Kompetenz des Aufsichtsrats der GmbH weit hinter der eines solchen einer Aktiengesellschaft zurück²³⁹. Eine dem Aktiengesetz entsprechende Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen kennt das GmbH-Gesetz auch nach Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes 52 nicht. Die Gesellschafter bleiben vielmehr nach wie vor das letztentscheidende Organ. Allein aus diesem Grunde steht ihnen neben der Zuständigkeit für die Bestellung und den Widerruf der Geschäftsführer auch diejenige zum Abschluß der Anstellungsverträge zu.

cc. Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat aufgrund
"Natur der Sache"

Da die gesetzlichen Verweisungen eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats zum Abschluß von Anstellungsverträgen nicht begründen, kommt eine Kompetenzzuweisung aufgrund "Natur der Sache" in Betracht. Für die oben erwähnte Auffas-

237: vgl. Rittner DB 79, 973 (Fn 7 m.w.N.)

238: Schilling in Hachenburg GmbHG §52 Anh.II Rdn 11 spricht in der 6.Aufl. noch von der Einheit von Bestellung und Anstellung.

239: Fitting/Auffarth/Kaiser BetrVG Anh.3 §77 BetrVG 52 Rdn 11

sung²⁴⁰, wonach die Gesellschafter wegen ihrer Zuständigkeit für die Bestellung auch die Anstellungsverträge mit den Geschäftsführern abzuschließen haben, ergibt sich aufgrund des §31 MitbestG eine solche Kompetenz nun für den Aufsichtsrat²⁴¹. Beruhen soll dies einmal auf dem inneren Zusammenhang von Bestellung und Anstellung, was beides als Einheit erscheinen lasse; zum anderen darauf, daß, würde die Kompetenz für den körperschaftlichen Akt der Bestellung und für den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag auf zwei Organe auseinanderfallen, das eine Organ das andere blockieren, die Gesellschafter den Beschluß des Aufsichtsrats desavouieren könnten. Die Gesellschafter würden sich so unter Umgehung des §31 MitbestG auf dem Umweg über den Anstellungsvertrag entgegen der Intention des Mitbestimmungsgesetzes zum Herrn der Personalpolitik des Unternehmens machen²⁴².

Beide Begründungen greifen im Ergebnis nicht durch. Zwar mag zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag ein innerer Zusammenhang bestehen²⁴³, jedoch macht ein solcher eine einheitliche Kompetenz nicht erforderlich. Wie dargestellt, ist die Verweisung auf die herrschende Meinung zu §77 BetrVG 52 verfehlt, da letztlich andere Gründe als die "Einheit von Bestellung und Anstellung" die Kompetenz der Gesellschafter für den Anstellungsvertrag begründen²⁴⁴. Daß der Gesetzgeber ferner der "Trennungstheorie" anhängt, folgt unstreitig aus dem Aktiengesetz. Konsequenterweise gibt es deshalb keinerlei Hinweise, daß er für das Mitbestimmungsgesetz die "Einheitstheorie" voraussetzt. Das Gegenteil ist der Fall, wie sich aus dem Wortlaut des §37

240: vgl oben S.108

241: vgl Säcker aaO S.36, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §31 Rdn 35, Mertens ZGR 77, 270(271 Fn 2), Zöllner ZGR 77, 319(322), Overlack ZHR 77, 125(133), Raiser MitbestG §31 Rdn 23, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §31 Rdn 31

242: so Säcker DB 77, 1845(1848)

243: vgl oben S.28

244: vgl oben S.109

Abs.3 MitbestG ergibt, wo ausdrücklich zwischen Bestellung, Widerruf und Anstellungsvertrag unterschieden wird²⁴⁵.

Nicht tragend ist das Argument, die Kompetenzverteilung auf zwei Organe sei eine Umgehung des §31 MitbestG und hätte die Gefahr der Obstruktion der Gesellschafter gegen den Bestellungsakt des Aufsichtsrats zur Folge. Es wird hierbei übersehen, daß gegen den Willen der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat ein Geschäftsführer nicht bestellt werden kann²⁴⁶. Ebenso verhält es sich mit dem Widerruf der Bestellung. Es wäre deshalb in der Tat widersinnig, würde ein Arbeitsdirektor vom Aufsichtsrat bestellt, ihm aber von den Gesellschaftern der Abschluß eines Anstellungsvertrages verweigert. Gerade aber diese Widersinnigkeit spricht gegen das vorgebrachte Argument²⁴⁷.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß bei der vom Mitbestimmungsgesetz erfaßten GmbH auch weiterhin die Gesellschafter für die Anstellungsverträge der Geschäftsführer und somit auch für den des Arbeitsdirektors zuständig sind. Eine Kompetenz des Aufsichtsrats ergibt sich unter keinem Gesichtspunkt, es sei denn, die Gesellschafter übertragen ihre Zuständigkeit auf diesen.

VIII. RECHTSFOLGEN BEI VERSTÜßEN GEGEN §33 MITBESTG

Verstöße und Nichteinhaltungen des §33 MitbestG sind in der Praxis in vielfältiger Art und Weise denkbar. Will man die Rechtsfolgen solchen Verhaltens prüfen, ist zwischen den verschiedenen Arten von Verstößen zu unterscheiden, um feststellen zu können, ob Einheitliches oder Unterschiedliches gilt. Naheliegend sind die Nichtbestel-

245: im Ergebnis wie hier Rittner DB 79, 973(975), Hoffmann/Neumann GmbHR 76, 183(185), Meilicke/Meilicke MitbestG §§30, 31 Rdn 11

246: Rittner DB 79, 973(975), vgl oben S.63

247: vgl näher für den Fall der Kündigung des Anstellungsvertrages Rittner DB 79, 973(975 Fn 32, 976 Fn 33 f)

lung eines Arbeitsdirektors durch den Aufsichtsrat, das Unterlassen einer näheren Regelung durch eine wie auch immer geartete Geschäftsordnung und der Verstoß der Geschäftsordnung, sei es gegen das Gleichheitsgebot oder die Kernbereichsgarantie.

1. NICHTBESTELLUNG EINES ARBEITSDIREKTORS DURCH DEN AUFSICHTSRAT

§33 MitbestG schreibt die Bestellung eines Arbeitsdirektors zwingend vor. Bestellt der Aufsichtsrat entgegen diesem gesetzlichen Gebot keinen Arbeitsdirektor, so muß in diesem Verhalten nicht unbedingt ein Verstoß gegen §33 Abs.1 MitbestG liegen. Beispielsweise ist gesetzlich nicht geregelt, über welchen Zeitraum Vorgespräche geführt werden dürfen, wieviel Zeit zwischen zweitem und drittem Wahlgang verstreichen kann etc. Wie oben ausgeführt²⁴⁸, besteht trotz des differenzierten Bestellungsverfahrens des §31 MitbestG die Möglichkeit, daß nach Durchlaufen aller Stufen erst kein Arbeitsdirektor bestellt worden ist. Wann spätestens ein neuer Versuch zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht unternommen werden muß, geht aus dem Gesetz ebenfalls nicht hervor. Das Mitbestimmungsgesetz kennt kein Konklave des Aufsichtsrats, das erst durch die erfolgreiche Wahl eines Arbeitsdirektors beendet werden könnte. Die Grenzen zwischen zulässigem, oft notwendigem und sachdienlichem Zeitablauf einerseits und hartnäckiger Pflichtverweigerung andererseits sind somit fließend, weshalb selbst bei dauernder Vakanz nicht stets von einem Verstoß gegen §33 MitbestG gesprochen werden kann. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Indiz für einen Verstoß kann sein, daß der Aufsichtsrat trotz Vorliegens von Vorschlägen über einen unangemessen langen Zeitraum nicht tätig wird, insbeson-

248: vgl. oben S.63 f

dere, wenn er Vorschläge der Arbeitnehmer beharrlich blockiert, ohne daß die Anteilseignervertreter ihrerseits Kandidaten benennen.

Die Möglichkeit einer unmittelbaren gerichtlichen Prüfung oder Beeinflussung des Verhaltens des Aufsichtsrats gibt es nicht²⁴⁹. Das Mitbestimmungsgesetz kennt für den Fall eventueller Verstöße keinerlei Sanktionen, Klagemöglichkeiten, Schiedsstellen oder ähnliches. Zwar verweist §31 Abs.1 MitbestG auf §85 AktG, was die Bestellung eines Arbeitsdirektors durch das Gericht ermöglicht, jedoch nur unter den für §85 AktG notwendigen engen Voraussetzungen²⁵⁰. Gesetzgeberische Versäumnisse können aber nicht durch eine extensive Anwendung des §85 AktG ausgeglichen werden²⁵¹. Dies ergibt sich sowohl aus der für den Arbeitsdirektor uneingeschränkten Verweisung auf §85 AktG, also aus seiner formellen Gleichheit, sowie aus dem materiellen Gleichberechtigungsgrundsatz, der insoweit eine Sonderstellung des Arbeitsdirektors gegenüber anderen Mitgliedern des Vertretungsorgans nicht zuläßt²⁵².

Die Nichtbestellung eines Arbeitsdirektors dürfte in der Praxis wohl nicht relevant werden. Wären die Arbeitnehmer, insbesondere die Gewerkschaften, der Ansicht, es läge ein derartiges gesetzwidriges Verhalten vor, so wären von dieser Seite heftige Reaktionen zu erwarten, die bald eine Situation herbeiführen würden, die ein gerichtliches Eingreifen nach §85 AktG ermöglichte. Dies ändert aber nichts an der dogmatischen Unvollkommenheit, hätte der Gesetzgeber selbst diese "praktische" Lösung im Auge gehabt.

249: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §33 Rdn 17

250: vgl oben S.64

251: so Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 55 m.w.N.

252: vgl z.B. Raiser MitbestG §33 Rdn 7

2. FEHLEN EINER DAS NÄHERE REGELNDEN GESCHÄFTSORDNUNG

Das Nähere hat, ist ein Arbeitsdirektor bestellt, die Geschäftsordnung zu bestimmen. Das Mitbestimmungsgesetz kennt jedoch keine gerichtliche Durchsetzung des §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG oder Sanktionen bei entsprechenden Verstößen²⁵³.

Ist ein Arbeitsdirektor vom Aufsichtsrat bestellt, so hat er zwar durch den Akt der Bestellung den Kernbereich zugewiesen bekommen²⁵⁴, doch ist weiter eine konkrete Aufgabenverteilung notwendig²⁵⁵. Wird eine solche nicht vorgenommen, also nichts Näheres durch die Geschäftsordnung geregelt, so mangelt es an einem Arbeitsdirektor im Sinne des §33 MitbestG, denn unstreitig ist nicht die Nomenklatur, sondern es sind die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend. Zu prüfen ist deshalb, ob eine direkte Anwendung des §85 AktG vorliegend in Betracht kommt. Dies ist jedoch aufgrund folgender Überlegung zu verneinen: Für das Vorhandensein eines Arbeitsdirektors im Sinne des §33 MitbestG ist, wie mehrfach ausgeführt, zweierlei erforderlich, zum einen die Bestellung eines solchen, zum anderen die Zuweisung seiner konkreten Aufgaben. Hingegen sieht §85 AktG eine gerichtliche Ersetzung lediglich der einen Voraussetzung, nämlich der Bestellung vor, wobei für das Eingreifen des Gerichts das Fehlen derselben erforderlich ist. Eine Zuweisung von konkreten Aufgaben durch das Gericht erübrigt sich wegen des Vorliegens eines dringenden Falles. Hier hat aber der Aufsichtsrat einen Arbeitsdirektor bestellt, so daß es einerseits an den Voraussetzungen des §85 AktG mangelt, andererseits eine Ersatzbestellung des Gerichts ins Leere ginge. Deutlich wird: das Fehlen eines erforderlichen Vorstandsmitglieds im Sinne des §85 AktG ist nicht iden-

253: Hoffmann BB 77, 17(20)

254: vgl oben S.84 ff

255: vgl oben S.86 ff

tisch mit dem Fehlen eines Arbeitsdirektors im Sinne des §33 MitbestG. Das hat seinen Grund darin, daß das Fehlen nach Aktiengesetz bereits bei mangelnder Bestellung vorliegt, das Fehlen nach Mitbestimmungsgesetz trotz Bestellung bei mangelnder Aufgabenzuweisung gegeben ist.

Es ist weiter eine entsprechende Anwendung des §85 AktG zu erwägen, mit dem Ziel, daß das Gericht nicht einen Arbeitsdirektor bestellt, sondern die fehlende Geschäftsordnung durch Näheres regelnde Bestimmung antragsgemäß ersetzt. Eine solche Anwendung des §85 AktG könnte nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen vorgenommen werden, insbesondere nur bei Vorliegen eines dringenden Falles. Das Fehlen einer Geschäftsordnung allein würde ebensowenig dieses Erfordernis erfüllen, wie die bloße Nichtbestellung eines Arbeitsdirektors. Läge jedoch ein dringender Fall im Sinne des §85 AktG vor, so ergäbe sich gerade aus diesem selbst, daß der bereits durch den Aufsichtsrat bestellte Arbeitsdirektor zu dessen Lösung berufen ist. Dies folgt aus der Überlegung, daß ein dringender Fall gar nicht vorliegen würde, wäre die Angelegenheit nicht aus dem Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors. Das Gericht könnte also zur Beseitigung des dringenden Falles gar nichts anderes tun, als dem Arbeitsdirektor diesen zur Wahrnehmung zu übertragen, obwohl bereits zuvor feststeht, daß diese Angelegenheit der Zuständigkeit des Arbeitsdirektors obliegt. Ein dringender Fall, den das Gericht durch sein Eingreifen beseitigen könnte, liegt demnach nicht vor. Eine entsprechende Anwendung des §85 AktG zur Erlangung einer Geschäftsordnung kommt somit mangels Rechtsschutzinteresses nicht in Betracht.

Das Ergebnis wird durch allgemeine Rechtsgrundsätze bestätigt. Die Geschäftsordnung ist eine in die Privatautonomie der Gesellschaft fallende Regelung, durch welche Rechte und Pflichten nach Opportunitätsmerkmalen aufgeteilt werden. In nur ganz wenigen, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Fällen kann das Gericht gestaltend in eine privatrechtliche Beziehung einwir-

ken²⁵⁶. Es handelt sich dann meist um auflösende, den vorherigen status quo wiederherstellende Eingriffe. In ganz beschränkten Ausnahmen kann das Gericht rechtserzeugend eine Beziehung zwischen Privaten gestalten. Ein solcher an Sittenwidrigkeit grenzender Ausnahmefall liegt bei Nichtbeachtung des gesetzlichen Gebots des §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG nicht vor. Die Gestaltung der Geschäftsordnung, die Verteilung der Aufgaben, der Rechte und Pflichten bleibt deshalb stets interne Aufgabe der Gesellschaft, welche dieser nicht durch hoheitlichen Eingriff abgenommen werden kann.

3. VERSTOß DER GESCHÄFTSORDNUNG GEGEN §33 MITBESTG

Schließlich ist ein Verstoß der Geschäftsordnung gegen §33 MitbestG denkbar und kommt in der Praxis wohl am häufigsten vor. Insbesondere sind Verstöße gegen das Gleichheitsgebot sowie gegen die die Kernbereichsgarantie ausfüllende notwendige Aufgabenzuweisung wahrscheinlich.

Für die Aktiengesellschaft regelt sich die Geschäftsordnung nach §77 AktG. Hiernach ist zunächst der Vorstand als Kollegialorgan befugt, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben. Nach §77 Abs.2 Satz 3 AktG ist für den Erlass einer Geschäftsordnung, deren inhaltliche Änderung oder Aufhebung ein einstimmiger Beschluß aller Vorstandsmitglieder notwendig²⁵⁷. Daraus ergibt sich, daß, soll ein solcher Beschluß nach Bestellung eines Arbeitsdirektors gefaßt werden, dieser nicht gegen den Willen des Arbeitsdirektors zustande kommen und vollzogen werden kann, da anderenfalls zwingendes Verfahrensrecht verletzt

256: vgl hierzu näher Palandt BGB §242 Anm 6 B f m.w.N., BGB-RGRK §242 Rdn 67 ff m.w.N., Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd I, S.268

257: Meyer-Landrut in Großkomm. AktG §77 Anm 9

ist. Kommt die Geschäftsordnung nicht unter den Voraussetzungen des §77 Abs.2 Satz 3 AktG zustande, so ist sie nichtig, rechtlich also nicht existent. Weitere Konsequenzen ergeben sich allerdings nicht. Zwar besteht nach §33 Abs.2 Satz 2 MitbestG die gesetzliche Pflicht, Näheres durch die Geschäftsordnung zu regeln, jedoch gibt es insoweit kein gerichtlich durchsetzbares Recht²⁵⁸.

Tritt nachträglich ein Vorstandsmitglied in das Vertretungsorgan ein, so ist, wenn das neue Mitglied ausdrücklich oder konkludent zugestimmt hat, die bisherige Geschäftsordnung weiterhin maßgebend. Bleibt eine solche Zustimmung aus, wird die Geschäftsordnung hinfällig²⁵⁹.

Das stets zwingende Erfordernis der Einstimmigkeit ist zwar kein Garant für die materielle Rechtmäßigkeit der Geschäftsordnung, jedoch ist anzunehmen, daß der Arbeitsdirektor seine Interessen durchzusetzen versucht, so daß ein Verstoß einer vom Vorstand mit Einwilligung des Arbeitsdirektors erlassenen Geschäftsordnung gegen §33 MitbestG praktisch nicht relevant werden wird.

Statt des Vorstands ist der Aufsichtsrat für den Erlaß einer Geschäftsordnung zuständig, wenn die Satzung entsprechendes bestimmt²⁶⁰. Ist dies nicht der Fall, so kann der Aufsichtsrat dennoch eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen, welche eine eventuell vom Vorstand selbst beschlossene und bestehende Geschäftsordnung automatisch außer Kraft setzt²⁶¹. Das vorrangige Recht des Aufsichtsrats beruht auf der ausschließlichen Zuständigkeit, sowohl die Vorstandsmitglieder zu bestellen, als auch mit ihnen Anstellungsverträge abzuschließen, in denen ebenfalls deren Aufgaben festgelegt werden können²⁶². Der Aufsichtsrat entscheidet über eine Geschäftsordnung durch

258: vgl. oben S.113

259: Gessler AktG §77 Rdn 25

260: vgl. §77 Abs.2 Satz 1 AktG

261: Gessler AktG §77 Rdn 26

262: Gessler AktG §77 Rdn 26

Beschluß²⁶³, wobei formelle Verfahrensverstöße außer Betracht bleiben sollen. Liegt ein Verstoß gegen materielle gesetzliche Vorschriften vor, so ist die Geschäftsordnung trotz ordnungsgemäßen Zustandekommens nichtig²⁶⁴, da sich der Aufsichtsrat nicht über die ihm vom Gesetz gezogenen Grenzen hinwegsetzen kann. Die Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses kann gerichtlich und außergerichtlich von jedem, der hieran ein rechtliches Interesse hat, geltend gemacht werden²⁶⁵.

Ähnlich verhält es sich bei der GmbH. Die Geschäftsordnung ist in erster Linie Sache der Gesellschafter²⁶⁶, da diese als oberstes Organ der Gesellschaft mit Kompetenz-Kompetenz ausgestattet sind²⁶⁷. Die zum Aktiengesetz unterschiedliche Zuständigkeit für den Erlass der Geschäftsordnung ändert materiell grundsätzlich nichts, denn die Gesellschafter sind ebenso wie der Aufsichtsrat an die bestehenden Gesetze gebunden, weshalb sie deren Grenzen nicht rechtswirksam überschreiten können. Verstoßen sie gegen zwingendes Recht, oder kommen sie gesetzlichen Pflichten nicht nach, so hat dies dieselben Folgen wie bei der Aktiengesellschaft, weshalb auf eben Ausgeführten verwiesen werden kann²⁶⁸.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Rechtsschutz bei Verstößen gegen § 33 Abs. 1 und 2 MitbestG unzureichend ist. Entweder der Gesetzgeber übersah die Regelungsbedürftigkeit dieser Materie oder vertraute bewußt auf die "praktische Lösung" entstehender Probleme, wobei eine seiner Intention entsprechende Entwicklung nicht gesichert ist. Es besteht keine rechtliche Möglichkeit, den Aufsichtsrat zur Bestellung eines Arbeitsdirektors zu zwingen, keine

263: vgl § 108 Abs. 1 AktG

264: Gessler AktG § 108 Rdn 70, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 33 Rdn 57

265: Gessler AktG § 108 Rdn 72

266: Barz in Hachenburg GmbHG § 35 Anm 34b

267: vgl oben S. 29 und S. 31

268: vgl auch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 33 Rdn 57 ff m.w.N.

rechtlichen Sanktionen sind für das Nichtausfüllen der Kernbereichsgarantie mit konkreten Aufgaben vorgesehen²⁶⁹. Bestehende Gesetzesverstöße oder Mängel können nur im Fall des §85 AktG durch das Eingreifen des Gerichts beseitigt werden. Im übrigen ist die Nichtigkeit von Geschäftsordnungen und Beschlüssen die rechtliche Konsequenz, soweit diese gegen §33 MitbestG verstoßen.

Das Fehlen adäquater Konflikts- und Befriedungsregelungen zwingt die Beteiligten in der Praxis, notfalls unter Anwendung von Pressionen, zur Einigung. Dies kann zu erheblichen Reibungsverlusten führen, was in der Regel weder im Interesse der betroffenen Gesellschaft noch in dem der gesamten Öffentlichkeit liegt. Ob allerdings entsprechende gerichtliche Kompetenzen der Praxis angemessen wären, müßte zunächst sorgsam geprüft werden.

269: im Ergebnis wie hier Hoffmann BB 77, 17(20)

D. DER ARBEITSDIREKTOR IM KONZERN

Der gesetzliche Zwang zur Einführung des Arbeitsdirektors trifft auch die Konzernunternehmen¹, insbesondere gilt §33 MitbestG in der Konzernspitze, sei es, daß dieses Unternehmen bereits von §1 Abs.1 MitbestG erfaßt wird oder erst aufgrund der Zurechnungsnorm des §5 MitbestG der Mitbestimmung unterstellt ist. Hieraus ergeben sich mancherlei Fragen und Probleme, vor allem solche der Abgrenzung von Zuständigkeiten und des Umfangs von Weisungsrechten.

1. §5 MITBESTG, DIE MITBESTIMMUNGSREGEL IM KONZERN

1. ALLGEMEINES

§5 MitbestG fingiert², daß die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf das herrschende Unternehmen Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens sind³. Das Mitbestimmungsgesetz definiert jedoch den Begriff Konzern nicht selbst, sondern nimmt auf §18 Abs.1 AktG Bezug. Damit ist klargestellt, daß von der Zurechnung nach §5 MitbestG nur der dort bezeichnete Unterordnungskonzern erfaßt wird⁴. Ein Unterordnungskonzern setzt begrifflich zumindest zwei Unternehmen voraus, nämlich ein herrschendes und ein oder mehrere beherrschte Unternehmen, die unter der Leitung

1: vgl zu der interessanten Frage der Anwendung des §5 MitbestG auf sogenannte Betriebsführungsaktiengesellschaften: Rüthers BB 77, 605(608 ff)

2: vgl Bayer DB 75, 1167(1169)

3: vgl zur Anwendung des §5 MitbestG im mehrstufigen Konzern: Gessler BB 77, 1313 ff

4: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 8, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 8 m.w.N.

des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind⁵.

Wann ein herrschendes, wann ein beherrschtes Unternehmen im Sinne des §18 Abs.1 AktG im Einzelfall vorliegt, bestimmt §17 AktG. Danach sind abhängige Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Als Mittel der Beherrschung kommen Beteiligungen des einen Unternehmens an dem anderen sowie ein Beherrschungsvertrag zwischen mehreren Unternehmen in Betracht. Das klassische der beiden Mittel ist die Beteiligung, die ein Unternehmen in die Lage versetzt, die Zusammensetzung der Geschäftsführungs- oder Kontrollorgane des anderen Unternehmens zu bestimmen⁶. In diesem Fall spricht man von einem faktischen Konzern. Ein Beherrschungsvertrag liegt dagegen vor, wenn das Leitungsorgan eines Unternehmens sich einem anderen Unternehmen derart unterwirft, daß es diesem die Leitungsmacht überträgt⁷, mögen auch einzelne Bereiche der Unternehmensführung hiervon ausgenommen sein. Diese Art der Beherrschung wird als Vertragskonzern bezeichnet.

Ferner ist neben der Einflußmöglichkeit für einen Konzern die Zusammenfassung der abhängigen Unternehmen unter der einheitlichen Leitung⁸ des herrschenden Unternehmens notwendig⁹. Diese muß auch tatsächlich ausgeübt werden, die bloße Möglichkeit hierzu genügt nicht¹⁰. Unter Leitung sind die Entscheidungen über die Unternehmensführung schlechthin zu verstehen. Nicht erforderlich ist hierbei

5: vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 10, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 8, 9, 12, Würdinger in Großkomm. AktG §18 Anm 1

6: Würdinger in Großkomm. AktG §17 Anm 6

7: Würdinger in Großkomm. AktG §17 Anm 7

8: vgl zum Begriff der einheitlichen Leitung: Semler DB 77, 805 (808 m.w.N. in Fn 26), Reh binder ZGR 77, 581(591), Gessler BB 77, 1313(1315)

9: vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 20 ff, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 24 ff

10: Würdinger in Großkomm. AktG §18 Anm 6

die laufende Erteilung von konkreten Einzelanweisungen, vielmehr genügt die Festlegung des Gesamtkonzepts¹¹. Eine einheitliche Leitung liegt vor, wenn in einem zentralisierten Konzern die Leitungsaufgaben in mindestens einem Entscheidungsbereich der Unternehmenspolitik durch die Konzernspitze selbst wahrgenommen oder in einem dezentralisierten Konzern deren Ausführung durch die Konzernunternehmen von der Konzernspitze über die Verwaltung der Konzernunternehmen nach Richtlinien der Konzernspitze durchgesetzt oder wenigstens kontrolliert werden¹². Vor allem die Fragen der Personal-, Finanz-, Investitions-, Produktions- und Absatzpolitik gehören zu den Entscheidungsbereichen, in denen die Konzernspitze ihren Gestaltungswillen zur Geltung bringen muß. Die Art und Weise der einheitlichen Leitung ist in der Praxis vielfältig. Hierzu können laufende Meldungen an die Konzernspitze, ständige Kommissions- oder Ausschußorgane und gar Personenidentität in den geschäftsführenden Leitungsorganen gehören¹³.

Hat das Unternehmen in der Konzernspitze nicht eine der in §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG aufgezählten Rechtsformen, so gilt Besonderes. Einem solchen Unternehmen werden die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen nicht zugerechnet, da in solchen Unternehmen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz nicht stattfindet. Für diesen Fall trifft §5 Abs.3 MitbestG eine Sonderregelung¹⁴. Diese setzt allerdings mindestens drei Unternehmen voraus, wobei das an der Konzernspitze stehende Unternehmen "über" ein Konzernunternehmen in der Rechtsform des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG ein anderes Konzernunternehmen beherrschen muß, dessen Rechtsform wiederum gleichgültig ist¹⁵. Die Arbeitneh-

11: Würdinger in Großkomm. AktG §18 Anm 3

12: Fitting/Wlotzke/WiBmann MitbestG §5 Rdn 25 m.w.N., Hoffmann/Lehmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 22 m.w.N.

13: vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann/ MitbestG §5 Rdn 23

14: vgl näher Lutter: Mitbestimmung im Konzern S.12 f

15: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 66

mer des oder der beherrschten Unternehmen werden dann dem der Konzernspitze am nächsten stehenden Unternehmen mit der dem §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG entsprechenden Rechtsform zugerechnet.

§5 MitbestG erfaßt abhängige Unternehmen in jeder beliebigen Rechtsform, also neben den in §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG genannten auch Einzelkaufleute, die OHG und andere. Dies gilt trotz der Verweisung auf §18 Abs.1 AktG, der für den Bereich des Aktiengesetzes zumindest die Beteiligung einer Aktiengesellschaft oder KGaA zur Voraussetzung hat¹⁶, selbst dann, wenn das herrschende Unternehmen keine Aktiengesellschaft oder KGaA ist¹⁷. Die Beschränkung der Rechtsform des Unternehmensträgers durch §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG gilt lediglich für das Unternehmen, zugunsten dessen die Zurechnung erfolgt.

Die Zurechnung der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des konzernleitenden bzw. dem diesem am nächststehenden Unternehmen bringt eine Erweiterung der Mitbestimmung in zweifacher Hinsicht¹⁸: Erstens gilt das Mitbestimmungsgesetz für ein in einer der in §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG bezeichneten Rechtsform geführtes herrschendes Unternehmen auch dann, wenn dieses selbst keine 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. Aufgrund der Zurechnung ist genügend, wenn im ganzen Konzern insgesamt mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt sind¹⁹. Zweitens haben die Arbeitnehmer abhängiger Konzernunternehmen, die wegen der Rechtsform oder der geringen Arbeitnehmerzahl ihres Unternehmens die Voraussetzungen des §1 Abs.1 MitbestG nicht erfüllen, am Mitbestimmungsrecht im herrschenden Konzern teil²⁰. Im übrigen wird für die Arbeitnehmer der-

16: Würdinger in Großkomm. AktG §18 Anm 1

17: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 17 m.w.N.

18: Schneider in: Das Mitbestimmungsgesetz 1976, Hrsg.: Lutter S.65(68)

19: vgl Lutter aaO S.11

20: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 1; zu den weiteren Folgen des §5 MitbestG vgl Schneider aaO S.65(68 f), auch Badura/Rittner/Rüthers: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz S.94 f

jenigen Unternehmen, die bereits dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen, ein weiterer Arbeitsdirektor "relevant".

2. GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN

Bei Gemeinschaftsunternehmen, die im Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle spielen, handelt es sich um Unternehmen, die von mindestens zwei anderen Unternehmen beherrscht werden. Hierbei findet die mehrfache Abhängigkeit ihren äußeren Ausdruck in einer der Zahl der herrschenden Unternehmen entsprechend anteiligen Kapitalbeteiligung der herrschenden Unternehmen an dem Gemeinschaftsunternehmen. Die Behandlung der Arbeitnehmer derartiger Unternehmen hinsichtlich einer Zurechnung zugunsten der Muttergesellschaften gemäß §5 MitbestG wird in der Literatur verschieden empfohlen. Während die einen die grundsätzliche Zurechnung der Arbeitnehmer zu sämtlichen Muttergesellschaften bejahen, verneinen die anderen diese Möglichkeit. Es soll unter Verzicht auf eine Darstellung im einzelnen bei gleichzeitiger Verweisung auf die umfangreiche Literatur²¹ von der für das Mitbestimmungsgesetz extensivsten Möglichkeit ausgegangen werden, da das Phänomen des Gemeinschaftsunternehmens für die hier zu behandelnden Fragen nur von untergeordneter Bedeutung ist²².

21: vgl als Vertreter der sich widersprechenden Auffassungen statt vieler: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 39 ff m.w.N., Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 29 ff m.w.N., Ahrens AG 75, 151(154 f), Lutter aaO S.11

22: vgl zu der für vorliegend keine Rolle spielenden Möglichkeit des Konzerns im Konzern: Schneider aaO S.65(70 ff), Lutter aaO S.63 ff, Duden ZHR 77, 145(158), Lutter/Schneider BB 77, 553, Gessler BB 77, 1313, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 30 ff m.w.N., Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 41 ff m.w.N.

3. DIE FOLGEN DES §5 MITBESTG IM EINZELNEN

Ist eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH²³ herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so werden diesem nach §5 Abs.1 Satz 1 MitbestG die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen zugerechnet, selbst von Unternehmen, die in einem mehrstufigen Konzern in der Konzernhierarchie auf unteren Stufen stehen²⁴. Bei Bestehen eines Konzerns im Konzern²⁵ werden darüber hinaus die Arbeitnehmer der Töchterunternehmen des Teilkonzerns sowohl diesem als auch dem herrschenden Unternehmen des Gesamtkonzerns zugerechnet. Dabei kommt es für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf die Arbeitnehmerzahl des jeweils herrschenden Unternehmens nicht an, was zur Folge haben kann, daß das Unternehmen der Konzernspitze oder des Teilkonzerns der Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors unterliegt, obwohl es nicht die Voraussetzungen des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG erfüllt, sei es, daß das Unternehmen die Grenze von 2000 Arbeitnehmern knapp unterschreitet, oder im Extremfall gar keine Arbeitnehmer hat. Maßgebend ist allein, daß der Konzern insgesamt in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt²⁶. Da die Rechtsform des oder der beherrschten Unternehmen keine Rolle spielt, sind auch die Arbeitnehmer von Personengesellschaften, auf die das Mitbestimmungsgesetz unmittelbar keine Anwendung findet, gleichwertig mitzurechnen, so daß diese dennoch mittelbar in dessen Geltung einbezogen werden. So gilt beispielsweise die Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors selbst dann, wenn die Personengesellschaft das einzig beherrschte Unternehmen einer Kapitalgesellschaft mit beliebig wenig Arbeitnehmern ist.

Ist eine Kapitalgesellschaft persönlich haftender Gesell-

23: zu den übrigen Rechtsformen vgl oben S.32

24: vgl z.B. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG 95 Rdn 44, Lux MitbestG S.61

25: vgl Fn 22, auch OLG Düsseldorf DB 79, 699, das von einer Zurechnung zugunsten der "Zwischengesellschaften" in dem von ihm zu entscheidenden Fall absah

26: vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 51

schafter einer abhängigen Kommanditgesellschaft, so werden die Arbeitnehmer der Komplementärkapitalgesellschaft nach § 5 Abs. 1 Satz 2 MitbestG dem herrschenden Konzernunternehmen zugerechnet²⁷.

Auf eine interessante Konsequenz der Zurechnung ist im Falle eines Gemeinschaftsunternehmens hinzuweisen. Da bei Bestehen eines Konzernverhältnisses die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens mit voller Zahl und voller Stimme jedem der Mutterunternehmen zugerechnet werden²⁸, können im Extremfall, bei zwei Muttergesellschaften, für ein und dieselbe Belegschaft drei Arbeitsdirektoren zuständig sein. Dieser Fall tritt dann ein, wenn das Gemeinschaftsunternehmen selbst die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 MitbestG erfüllt und die Muttergesellschaften keine Arbeitnehmer beschäftigen, jedoch durch die Zurechnung bei jenen die erforderliche Zahl von Arbeitnehmern fingiert wird.

Ist eine Kapitalgesellschaft & CoKG, bei der nach § 4 Abs. 1 MitbestG die Arbeitnehmer der KG als solche der Komplementärkapitalgesellschaft gelten, herrschendes Unternehmen, so werden der Komplementärkapitalgesellschaft nach § 5 Abs. 2 MitbestG die Arbeitnehmer aller von der KG abhängigen Konzernunternehmen zugerechnet²⁹. § 5 Abs. 2 MitbestG unterscheidet sich von § 5 Abs. 1 MitbestG dadurch, daß die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen nicht als solche des herrschenden Unternehmens, das als Personengesellschaft nicht dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, gelten, sondern dessen persönlich haftender Komplementärkapitalgesellschaft zugerechnet werden³⁰, was der einfallsreichen Gestaltung der Kapitalgesellschaft & CoKG Rechnung trägt.

27: vgl Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 5 Rdn 54 f, Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 5 Rdn 47 und Abb.9

28: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 5 Rdn 50

29: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 5 Rdn 10

30: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 5 Rdn 52, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 5 Rdn 62

§5 Abs.3 MitbestG regelt die Zurechnung der Arbeitnehmer für den Fall, daß zugunsten des herrschenden Konzernunternehmens eine solche nicht nach §5 Abs.1 oder Abs.2 MitbestG mangels entsprechender Rechtsform vorgenommen werden kann. Einzelheiten liegen hier im Streit, jedoch sei auf eine Darstellung der Meinungsverschiedenheiten unter Verweisung auf die einschlägige Kommentierung³¹ verzichtet. Es wird im folgenden von der am weitestgehenden Anwendung des §5 Abs.3 MitbestG ausgegangen, da dies zum einen der herrschenden Kommentarliteratur entspricht, zum anderen Gegenteiliges durch die Rechtsprechung (noch) nicht entschieden ist.

Ist die Konzernspitze ein ausländisches Unternehmen, ein inländischer Einzelkaufmann, eine Personengesellschaft, ein Tendenzunternehmen, ein Unternehmen, das unter das Montanmitbestimmungsgesetz fällt, kurzum ein Unternehmen, das vom Mitbestimmungsgesetz nicht erfaßt wird, und beherrscht dieses andere Unternehmen, deren Rechtsform gleichgültig ist, "über" ein unter §5 Abs.1 oder Abs.2 MitbestG fallendes Unternehmen, so werden diesem der Konzernspitze am nächsten stehenden Unternehmen die Arbeitnehmer der beherrschten Konzernunternehmen zugerechnet. §5 Abs.3 MitbestG setzt demnach einen mehr als zweistufigen Konzern voraus, nämlich ein herrschendes Unternehmen, ein von diesem abhängiges Unternehmen und ein Unternehmen, das über das abhängige Unternehmen beherrscht wird, wobei auf einer höheren als der untersten Konzernstufe ein nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmungsfähiges Unternehmen vorhanden sein muß³². §5 Abs.3 MitbestG fingiert dann innerhalb des Konzern einen Teilkonzern mit jenem als Spitze, welchem die Arbeitnehmer der unteren Stufen zugerechnet werden. Nicht erforderlich ist,

31: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 56 ff, Raiser MitbestG §5 Rdn 22 ff, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 66 ff

32: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 61, Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 69

daß die Teilkonzernspitze tatsächlich in irgendeiner Form die nachgeordneten Konzernunternehmen eigenständig beherrscht, denn gerade dies ist Bestandteil der Fiktion. Innerhalb des Teilkonzerns erfolgt die Zurechnung nach §5 Abs.1 oder Abs.2 MitbestG. Möglich ist auch das Nebeneinander mehrerer nach §5 Abs.3 MitbestG fingierter Teilkonzernspitzen innerhalb eines Gesamtkonzerns³³.

II. DER ARBEITSDIREKTOR IM UNTERNEHMEN DER KONZERNSPITZE, DAS SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ERFASST WIRD

Beschäftigt das Unternehmen der Konzernspitze selbst in der Regel über 2000 Arbeitnehmer, so hat der Arbeitsdirektor zunächst gemäß §33 MitbestG die Kernbereichszuständigkeit für die Arbeitnehmer seines Unternehmens.

Weiter stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Konzernarbeitsdirektor auch für die Arbeitnehmer der beherrschten Konzernunternehmen zuständig sein kann oder sein muß. Zur Beantwortung ist zunächst von den Gegebenheiten der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Konzernarchitektur auszugehen, sodann sind diese an den Notwendigkeiten des §33 MitbestG zu messen. Demnach ist zu unterscheiden, ob das oder die beherrschten Unternehmen selbst von §1 Abs.1 MitbestG erfaßt werden, ob ein Verlagskonzern oder ein faktischer Konzern vorliegt, und ob der Konzern zentral oder dezentral geleitet wird.

1. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN WIRD SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ERFASST

Wird das beherrschte Unternehmen selbst von §1 Abs.1 MitbestG erfaßt, hat das Unternehmen also einen eigenen Ar-

33: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Abb.12

beitsdirektor, so stellt sich das Problem der Kompetenzkonkurrenz. Hat dieser die Weisungen des Arbeitsdirektors des herrschenden Unternehmens zu befolgen, so daß der Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens bloßes Exekutivorgan wäre? Konzernrechtlich ist hier zwischen dem Vertragskonzern einerseits und dem faktischen Konzern andererseits zu unterscheiden³⁴.

Bei Vorliegen eines Vertragskonzerns ist danach zu unterscheiden, ob das beherrschte Unternehmen zentral in dem Sinne geleitet wird, daß die Fragen des Personal- und Sozialwesens des beherrschten Unternehmens ausnahmslos von der Konzernspitze geregelt werden, oder ob das Unterordnungsverhältnis dezentral organisiert ist, dh daß die Entscheidungszuständigkeit im vorliegend interessierenden Bereich beim beherrschten Unternehmen selbst liegt. Im Vertragskonzern ist nämlich nicht zwingend, daß alle Entscheidungen der Unternehmensleitung von der Konzernspitze getroffen werden³⁵.

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Innerhalb des zentral geführten Vertragskonzerns ist die Weisung das ausschließliche Mittel der Leitung des herrschenden Unternehmens³⁶. Der Weisungskompetenz unterliegen alle Maßnahmen, die nach §76 AktG zur Zuständigkeit des Vorstandes gehören³⁷. Sie kann demnach sowohl in der Form der Einzelanweisung hinsichtlich einer bestimmten Maßnahme der Geschäftspolitik als auch lediglich im Rahmen der Festlegung allgemeiner Grundsätze gebraucht werden.

Weisungsberechtigt ist das herrschende Unternehmen durch

34: vgl oben S.121

35: vgl Gessler AktG §291 Anm 5, §308 Anm 33 m.w.N.

36: Würdinger in Großkomm. AktG §308 Anm 1

37: Würdinger: Aktien- und Konzernrecht S.284

sein zur Vertretung befugtes Organ³⁸. Aus Gründen der Praktikabilität wird regelmäßig in zulässiger Weise das Weisungs- und Leitungsrecht unter Beibehaltung der Verantwortlichkeit des Kollegialorgans je nach Ressortbereich von den einzelnen Mitgliedern des Vertretungsorgans ausgeübt³⁹.

Weisungsadressat ist nicht das beherrschte Unternehmen als solches, sondern ausschließlich dessen Vertretungsorgan⁴⁰. Zum einen wird nur die Stellung des Geschäftsführungsorgans als eigenverantwortlicher Leiter des Unternehmens relativiert, zum anderen kann das herrschende Unternehmen durch die arbeitsrechtliche Hierarchie des beherrschten Unternehmens nicht ohne weiteres durchgreifen⁴¹, weshalb das Vertretungsorgan des beherrschten Unternehmens die zur Weisungserfüllung erforderlichen Maßnahmen selbständig zu treffen hat. Es obliegt ihm, die erhaltenen Weisungen an das ressortmäßig zuständige Organmitglied oder an bestimmte Angestellte weiterzugeben. Aus Gründen der Praktikabilität ist auch hier möglich, daß das Vertretungsorgan des beherrschten Unternehmens sein jeweils zuständiges Mitglied unmittelbar mit der Entgegennahme von Weisungen und deren Vollzug beauftragt⁴². Da die erhaltenen Weisungen die Geschäftsführungspflicht des Leitungsorgans des beherrschten Unternehmens konkretisiert⁴³, ist das so beauftragte Mitglied des beherrschten Leitungsorgans seiner eigenen Gesellschaft zur Durchführung verpflichtet.

Aufgrund der dargestellten Verhältnisse besteht nach bisher geltendem Konzernrecht die Möglichkeit, daß der Kon-

38: Kölner-Komm. AktG §308 Rdn 2

39: Würdinger in Großkomm. AktG §308 Anm 4, Ballerstedt ZHR 73, 388(399 Fn 23), der zwischen Delegation und Ermächtigung unterscheidet

40: Kölner-Komm. AktG §308 Rdn 4

41: vgl näher Ballerstedt ZHR 73, 388(399 ff)

42: Würdinger in Großkomm. AktG §308 Anm 7

43: Würdinger aaO S.283

zernarbeitsdirektor an den Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens Weisungen in Personal- und Sozialangelegenheiten erteilt. Diese können sich sowohl auf die das beherrschte Unternehmen betreffenden Einzelfragen und Einzelmaßnahmen erstrecken⁴⁴ als sich auch auf die Festsetzung allgemeiner Rahmenrichtlinien beschränken. Dieses an Hand des Konzernrechts gefundene Ergebnis erfüllt den durch §33 MitbestG dem Konzernarbeitsdirektor garantierten Kernbereich. Ein Mehr an Einflußnahme ist nicht denkbar.

aa. Vereinbarkeit des bisher geltenden Konzernrechts mit der Kernbereichsgarantie des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens

Das Vertretungsorgan des beherrschten Unternehmens ist zur Ausführung der erhaltenen Weisungen aufgrund der ihm obliegenden Geschäftsführungspflicht gegenüber der eigenen Gesellschaft organschaftlich verpflichtet. Sowohl zur Entgegennahme als auch zur Durchführung der Weisungen kann das Leitungsorgan des beherrschten Unternehmens, unter Beibehaltung der kollegialen Verantwortung, entsprechend der Ressortaufteilung das jeweils zuständige Mitglied ermächtigen⁴⁵. Es ist somit möglich, daß der Konzernarbeitsdirektor direkt Weisungen an den ihm unterstellten Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens erteilt⁴⁶. Fraglich ist, ob dieses Recht, das auch konkrete Weisungen im Einzelfall umfaßt, mit der dem Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens durch §33 MitbestG garantierten Kernbereichszuständigkeit vereinbar ist.

Gemäß dem oben definierten Kernbereichsbegriff⁴⁷ als ei-

44: so auch Duden ZHR 77, 145(165)

45: Würdinger in Großkomm. AktG §308 Anm 7, Duden ZHR 77, 145(169)

46: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 52

47: vgl oben S.72 ff

ne durch konkrete Geschäftsführungsaufgaben auszufüllende Kompetenzgarantie, ist der Arbeitsdirektor mit den wesentlichen Fragen des Personal- und Sozialwesens zu befassen⁴⁸. Dieser ihm durch das Mitbestimmungsgesetz zugewiesenen Stellung widersprechen die im zentral geleiteten Vertragskonzern bestehenden Weisungsmöglichkeiten. Zwar ist das herrschende Unternehmen an die arbeitsrechtliche Hierarchie gebunden, auch bleibt das Leitungsorgan des beherrschten Unternehmens Inhaber der Organisationsgewalt, doch die materiellen, letztlich relevanten Entscheidungen werden ausschließlich in der Konzernspitze getroffen. Nach dem bisher geltenden Konzernrecht käme dem Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens keine Kompetenz für wesentliche Aufgaben zu, so daß dieser, unter den angenommenen Voraussetzungen zwar nicht lediglich "Befehlsvollstrecker" des Konzernarbeitsdirektors wäre, aber seine gesetzlich vorgesehene Stellung in die eines bloßen Exekutivorgans, ausgestattet mit organisatorischer Verantwortung, denaturiert würde. Dies entspricht nicht dem Verständnis der Kernbereichsgarantie von der Zuständigkeit für die wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten, weshalb eine Verletzung des §33 MitbestG vorliegt.

bb. Harmonisierung des Konzernrechts mit §33 MitbestG

Während der Entstehung des Gesetzes wurde ausdrücklich betont, daß die Mitbestimmung der Arbeitnehmer unter weitgehender Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts geregelt werden solle, weshalb nicht beabsichtigt sei, schon im Zusammenhang mit dem Mitbestimmungsgesetz auch das Unternehmensrecht umfassend neu zu gestalten⁴⁹. Hieraus ergibt sich der Grundsatz des Vorrangs des be-

48: vgl oben S.72

49: vgl BT-Drucks. 7/2172 S.17

stehenden Gesellschafts- und Konzernrechts, der jedoch Ausnahmen dann zuläßt bzw. notwendig macht, wenn anderenfalls die Intentionen des Mitbestimmungsgesetzes leerlaufen würden. In diesem Falle sind beide Rechtsgebiete in ein ausgeglichenes Verhältnis zueinander zu bringen, was daraus folgt, daß das bestehende Recht nicht uneingeschränkt, sondern lediglich weitgehend beibehalten werden soll. Dem Vorbehalt einer umfassenden Neuregelung des Unternehmensrechts steht eine partielle Veränderung desselben nicht entgegen. Hierbei ist nicht im Wege einer vorschnellen Güterabwägung das eine auf Kosten des anderen zu realisieren, vielmehr sind nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz die in Kollision stehenden Normen durch wechselseitige Grenzziehung zu optimaler Wirksamkeit zu bringen⁵⁰.

Eine Verletzung der Kernbereichsgarantie liegt grundsätzlich nicht dann schon vor, wenn einzelne Aufgabenbereiche des Personal- und Sozialwesens aus dem Ressort des Arbeitsdirektors ausgegliedert werden⁵¹. Es bietet sich daher an, das bestehende Weisungsrecht des Konzernarbeitsdirektors auf die das Konzernverhältnis betreffenden Rahmenbedingungen oder auf die Festlegung allgemeiner Grundsätze zu beschränken, darüber hinaus aber dem Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens eigene Zuständigkeiten einzuräumen. Hierin liegt einerseits die Möglichkeit, die den Voraussetzungen der dem Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens durch §33 MitbestG zugewiesenen Kernbereichsgarantie genügt, da der Arbeitsdirektor aufgrund seiner eigenen Zuständigkeit als solcher zu charakterisieren ist. Andererseits entspricht diese Anwendung des §33 MitbestG in Verbindung mit §5 MitbestG auf das herrschende Unternehmen in seiner Funktion als Konzernspitze der Intention des Gesetzes. Dem Leitungsorgan der Konzernspitze soll ein für Personal- und Sozialangelegen-

50: vgl Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts §2 III 2 b cc

51: vgl oben S.79

heiten eigens zuständiges Mitglied angehören, damit dort, wo die für den Konzern wesentlichen Entscheidungen getroffen werden, eine angemessene Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen institutionalisiert ist⁵². Nicht aber findet die Zurechnung deshalb statt, damit der Konzernarbeitsdirektor alle Einzelheiten des Personal- und Sozialressorts des beherrschten Unternehmens bestimmt. So erfüllt es gerade den Sinn und Zweck sowohl des Konzernrechts als auch des Mitbestimmungsgesetzes, daß der Konzernarbeitsdirektor neben der Zuständigkeit für die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens nicht für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens umfassend zuständig ist, sondern daß seine Kompetenz insoweit auf konzernrelevante Fragen beschränkt bleibt, während im übrigen der Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens maßgebend ist⁵³. Dies auch deshalb, weil die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens in "ihrem" Arbeitsdirektor den richtigen Adressaten sehen.

Dem Ergebnis ließe sich nicht etwa entgegenhalten, daß dem Arbeitsdirektor auch im beherrschten Unternehmen "lediglich" eine gleichberechtigte Stellung zukommen solle, er also nicht gegenüber den anderen Mitgliedern des Vertretungsorgans privilegiert werden dürfe, was zur Folge habe, daß er im Konzern wie diese den gleichen Verpflichtungen unterworfen sei. Deren Stellung sei aber im Extremfall innerhalb eines zentral geleiteten Konzerns die eines Exekutivorgans des herrschenden Unternehmens. Anderenfalls würde der Arbeitsdirektor über einen vom Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens freien Bereich verfügen, während die anderen Organmitglieder nach wie vor der Einflußnahme durch die Konzernspitze ausgesetzt seien. Das Gesetz spricht deutlich aus, daß der Arbeitsdirektor gleichberechtigtes Mitglied des zur Vertretung befugten Organs ist, dh daß zunächst ein Ar-

52: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 50, Lux MitbestG S.197

53: im Ergebnis wie hier wohl auch Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 53, Duden ZHR 77, 145(165 ff)

beitsdirektor überhaupt vorhanden sein muß, bevor man von seiner "lediglich" gleichberechtigten Stellung reden kann. Konstitutiv für das Vorhandensein eines Arbeitsdirektors ist jedoch nicht die Nomenklatur, sondern die realisierte Kernbereichsgarantie. Wird diese verletzt, so ist dem Gesetz nicht genüge getan. Der Arbeitsdirektor kann einerseits nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen als seine Kollegen, ihm steht andererseits aber eine gesetzliche Mindestkompetenz zu, in die nicht eingegriffen werden kann, ohne daß er die Qualität als solcher verliert.

Bei genauer Betrachtung liegt im übrigen keine Bevorzugung des Personal- und Sozialwesens etwa in dem Sinne vor, daß dieses mehrfach repräsentiert sei. Wo die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens anfängt, endet die des Konzernarbeitsdirektors. Es handelt sich um eine aufgrund von §33 MitbestG gesetzlich erforderliche Aufteilung des gesamten Konzern-Kernbereichs auf zwei Arbeitsdirektoren, ohne daß sich dieser selbst quantitativ oder qualitativ ändert. Hieraus ergibt sich, daß, gleichsam spiegelbildlich zur "besseren" Stellung des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens, der Konzernarbeitsdirektor im Vergleich zu den anderen Mitgliedern des Konzernleitungsorgans eine "Schlechterstellung" erfährt, da ihm in seinem Ressort Einzelweisungen an das beherrschte Unternehmen versagt sind. Dies widerspricht nicht dem Gleichheitsgrundsatz des §33 MitbestG, sondern ist der Doppelanwendung des §33 MitbestG gerade immanent. Der Unterschied zu anderen Ressorts innerhalb des Konzerns ist, daß es für diese an einer solchen Kompetenzverteilungsregel fehlt. Sieht man die Zuständigkeiten in den einzelnen Ressortbereichen additiv, so ist der Grundsatz der Gleichbehandlung gewahrt.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Ein dezentral geleiteter Vertragskonzern liegt dann vor, wenn zwischen dem herrschenden und dem beherrschten Unternehmen zwar ein Beherrschungsvertrag besteht, die Leitungsmacht für einzelne Bereiche jedoch beim beherrschten Unternehmen verblieben ist. Die Vorstellung, daß innerhalb des Vertragskonzerns die Leitungsmacht ausschließlich der Konzernspitze zustehe, entspricht nicht den gegebenen komplexen mehrstufigen Konzernstrukturen. Vielmehr verfügen im Einzelfall auch nachgeordnete Konzernstufen über erhebliche eigene Entscheidungsmacht⁵⁴. Im folgenden interessiert nur der Fall, daß das Personal- und Sozialwesen nicht der zentralen Leitungsmacht der Konzernspitze unterliegt, sondern vom beherrschten Unternehmen selbständig wahrgenommen wird.

Unter den angenommenen Voraussetzungen⁵⁵ ist der Arbeitsdirektor des Unternehmens der Konzernspitze zunächst für die Arbeitnehmer seines Unternehmens zuständig. Fraglich ist, inwieweit ihm in einem derart strukturierten Konzernverhältnis weitere Kernbereichskompetenzen hinsichtlich der Arbeitnehmer des beherrschten Konzernunternehmens zukommen müssen.

Im Gegensatz zum zentral geleiteten Vertragskonzern besteht hier aufgrund geltenden Konzernrechts kein Weisungsrecht des Vertretungsorgans des herrschenden Unternehmens, weshalb ein solches an den Konzernarbeitsdirektor nicht übertragen werden kann⁵⁶. Die oben gefundene Lösung⁵⁷ beruht auf der Wahrnehmung der zentralen Leitung durch die Konzernspitze. Da es an dieser Voraussetzung im dezentral geleiteten Vertragskonzern fehlt, kommt man vorliegend ohne etwaige "Harmonisierung" zum selben Ergeb-

54: Bayer ZGR 77, 173(184 f)

55: vgl oben S.128 und S.129

56: vgl oben S.129 f

57: vgl oben S.134

nis.

Die Vereinbarkeit des bisher geltenden Konzernrechts mit dem Mitbestimmungsgesetz ist hier an der Kernbereichsgarantie des Konzernarbeitsdirektors zu messen, da diese vorliegend keine optimale Ausgestaltung erfährt. Fraglich ist, ob nicht die Stellung als Konzernarbeitsdirektor neben der Zuständigkeit für die eigenen Arbeitnehmer eine gewisse Mindesteinflußnahme auf die beherrschten Konzernunternehmen in Personal- und Sozialsachen erfordert, bejahendenfall, worin diese besteht.

Der Sinn und Zweck des §5 MitbestG in Verbindung mit der Doppelanwendung des §33 MitbestG besteht darin, daß überall dort ein Arbeitsdirektor vorhanden ist, wo für die Arbeitnehmer relevante Entscheidungen getroffen werden⁵⁸. Der Arbeitsdirektor soll auch hier in der Konzernspitze auf Arbeitnehmerinteressen berücksichtigende Konzernentscheidung achten, wozu eine gewisse Mindestkompetenz für alle Konzernarbeitnehmer notwendig ist. Ferner ergibt sich aus der Legitimation des Konzernarbeitsdirektors durch einen hälftig von allen Konzernarbeitnehmern gewählten Aufsichtsrat eine Zuständigkeit für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens.

Ist demnach eine gesetzliche Mindestzuständigkeit in Personal- und Sozialangelegenheiten des Konzernarbeitsdirektors für alle Konzernarbeitnehmer zu bejahen, ist weiter zu prüfen, worin diese ihren Ausdruck zu finden hat. Zu unterscheiden sind drei qualitativ verschiedene Möglichkeiten der Einflußnahme des Konzernarbeitsdirektors: erstens die weitestgehende Möglichkeit, nämlich ein Weisungsrecht auch in Fragen des konkreten Einzelfalls, zweitens die Einflußnahme über die verbindliche Festlegung allgemein konzernrelevanter Grundsätze und Rahmenbedingungen und drittens die nur allgemeine Verantwortung des Arbeitsdirektors innerhalb des kollegialen Lei-

58: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 50 m.w.N.

tungsorgans der Konzernspitze ohne die Möglichkeit der Weisung an das beherrschte Unternehmen. Was hier von der Konzernkernbereichsgarantie gefordert wird, ist ausgehend von den Gegebenheiten des bestehenden Konzernrechts zu suchen, wobei zugleich der Stellung des Konzernarbeitsdirektors Rechnung zu tragen ist⁵⁹. Nur dort, wo die Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes aufgrund des geltenden Konzernrechts nicht Platz greifen oder denaturiert werden, ist eine notwendige Korrektur vorzunehmen, wobei ein dem geltenden Recht immanentes Mitbestimmungsgefälle hinzunehmen ist. Einer solchen "Harmonisierung" der beiden Rechtsgebiete bedarf es vorliegend nicht, da dem Arbeitsdirektor der Konzernspitze auch nach bisher geltendem Recht eine Mindestzuständigkeit verbleibt. Dies ist die oben erwähnte dritte Möglichkeit der Einflußnahme, was dem garantierten Konzernkernbereich im dezentral geleiteten Vertragskonzern entspricht. Dem Arbeitsdirektor verbleibt es hiernach, innerhalb des Leitungsorgans der Konzernspitze bei konzernrelevanten Entscheidungen seinen Einfluß zugunsten der Konzernarbeitnehmer geltend zu machen. Es steht ihm so echte Entscheidungs- und Leitungsmacht zu, nicht ist er etwa in seiner Stellung denaturiert, wie dies der Arbeitsdirektor des beherrschten Unternehmens im zentral geleiteten Vertragskonzern ohne die vorgenommene Korrektur wäre⁶⁰. Das bestehende Konzernrecht führt hier nicht zu einer Verletzung oder zu einem Verlust der Intention des Mitbestimmungsgesetzes. Eine umfassende Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen in den Leitungsorganen ist institutionell gewährleistet, ohne daß einer der beteiligten Arbeitsdirektoren inadäquat behandelt würde.

Mag auch die hier gegebene Zuständigkeit geringer als die des Konzernarbeitsdirektors im zentral geleiteten Vertragskonzern sein, so ist diese Differenz dem vorliegen-

59: vgl oben S.133

60: vgl oben S.132

den Konzernrechtsverhältnis immanent. Da das Mitbestimmungsgesetz dem bestehenden Gesellschafts- und Unternehmensrecht aufgepfropft ist, lassen sich Unterschiede dogmatisch nicht vermeiden. So ist ein verschiedener Umfang der Kernbereichskompetenz möglich, da sich dieser nicht allein vom Mitbestimmungsgesetz her definiert, sondern wesentlich durch das bestehende Konzernrecht geprägt wird.

Die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens erleiden durch das gefundene Ergebnis nicht nur keinen Verlust an Interessenberücksichtigung, sondern vielmehr wird dieser gerade Rechnung getragen. Da die Unternehmensleitung des sie beschäftigenden Unternehmens in Personal- und Sozialangelegenheiten, nicht gebunden an die Konzernspitze, freie Hand hat, stehen sie insoweit gleich den Arbeitnehmern konzernfreier Unternehmen. Dort, wo dem Arbeitsdirektor ihres Unternehmens die allgemeine Verantwortung für bestimmte Bereiche aufgrund der Konzernzugehörigkeit genommen ist, nimmt diese der Arbeitsdirektor des Unternehmens der Konzernspitze wahr, so daß es sich auch hier nur um eine Aufgabenverteilung handelt⁶¹.

2. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ

Zu prüfen ist der notwendige Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors des Unternehmens der Konzernspitze in dem Fall, daß das herrschende Unternehmen von §1 Abs.1 MitbestG erfaßt wird, das beherrschte Unternehmen jedoch die Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG nicht erfüllt, also in der Regel nicht über 2000 Arbeitnehmer beschäftigt und deshalb ein Arbeitsdirektor dort nicht zu

⁶¹: vgl oben S.135

bestellen ist.

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Zunächst soll von einem zentral geleiteten Vertragskonzern ausgegangen werden. Hinsichtlich der aufgrund des bisher geltenden Konzernrechts bestehenden Befugnis des herrschenden Unternehmens, umfassende Weisungen zu erteilen, sowie auf die Pflicht des beherrschten Unternehmens zu deren Durchführung, wird auf oben verwiesen⁶². Fraglich ist, ob dieses Weisungsrecht vorliegend auch im Ressort des Konzernarbeitsdirektors uneingeschränkt besteht, oder ob Abstriche vorzunehmen sind.

Im Falle, daß das beherrschte Unternehmen selbst einen Arbeitsdirektor hat, ist aufgrund dessen gesetzlicher Kernbereichsgarantie eine Einschränkung des Weisungsrechts erforderlich⁶³. Hat das beherrschte Unternehmen mangels der Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG keinen eigenen Arbeitsdirektor, so entfallen die darauf gegründeten Beschränkungen des Kernbereichs des Konzernarbeitsdirektors. Möglich wäre, daß andere Momente dennoch zum selben Ergebnis führen, nämlich zu einem Weisungsrecht nur für die Festsetzung lediglich konzernrelevanter Bedingungen.

Ein Hinweis auf ein derartig beschränktes Weisungsrecht könnte die ausdrückliche Anordnung des Gesetzes in §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG sein, wonach Unternehmen, die zwar in einer von §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG genannten Rechtsform geführt werden, aber in der Regel nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, einem unmittelbaren Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes entzogen sein sollen, mit der Folge, daß die Personal- und Sozialangelegenheiten nicht

62: vgl oben S.129 f

63: vgl oben S.132 ff

durch einen Arbeitsdirektor auf der Ebene des Leitungsorgans repräsentiert werden. Wäre dies der Wille des Gesetzgebers, so könnte nicht über den Umweg des Konzernarbeitsdirektors das Vertretungsorgan des beherrschten Unternehmens dennoch zur Zusammenarbeit mit einem Arbeitsdirektor veranlaßt werden. Zur Beantwortung der Frage kommt es auf den Charakter der Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG an. Zu prüfen ist, ob das Beschäftigen von in der Regel über 2000 Arbeitnehmern ein qualitatives oder lediglich ein quantitatives Merkmal ist, ob ein solches Unternehmen wegen seiner Wesensmerkmale grundsätzlich nicht oder nur wegen seiner "wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Unerheblichkeit" nicht vom Mitbestimmungsgesetz erfaßt werden soll.

§1 Abs.1 Nr.2 MitbestG hat quantitativen Charakter. Vom Mitbestimmungsgesetz sollen nur Großunternehmen erfaßt werden⁶⁴, denn dort sei aufgrund der vorhandenen Betriebsgröße und der damit verbundenen Anonymisierung der Arbeitnehmer, der Verbürokratisierung der Unternehmensverwaltung⁶⁵ sowie der gesellschaftspolitischen und wirtschaftlichen Macht⁶⁶ die Sicherung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch Institutionalisierung besonders erforderlich. Daraus folgt: unterliegt ein Unternehmen mangels der Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG nicht dem Mitbestimmungsgesetz, so soll dieses nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schlechthin mitbestimmungsfrei bleiben, sondern sobald es die Grenze von in der Regel über 2000 beschäftigten Arbeitnehmern überschreitet, also die relevante Größe erreicht hat, gilt das Mitbestimmungsgesetz.

Ist ein Unternehmen mit den angegebenen Voraussetzungen als beherrschtes Unternehmen in ein Konzernverhältnis

64: Wlotzke/Wißmann DB 76, 959(961), vgl auch Rittner in: Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig S.81 f

65: Bericht der Sachverständigenkommission Teil V B V I BT-Drucks. VI/334 bzw. Mitbestimmung im Unternehmen

66: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorbem. Rdn 26

eingegliedert, so besteht weder aus gesellschafts- noch aus mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten Anlaß, das nach geltendem Konzernrecht dem Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens zustehende umfassende Weisungsrecht in Personal- und Sozialangelegenheiten zu beschränken. Der Konzernarbeitsdirektor kann deshalb dem Vertretungsorgan des beherrschten Unternehmens Weisungen auch in Fragen des konkreten Einzelfalls erteilen, zu deren Ausführung dieses organschaftlich verpflichtet ist⁶⁷. Nicht ist er etwa auf die Feststellungen allgemein konzernrelevanter Grundsätze beschränkt.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Im dezentral geleiteten Vertragskonzern ist, bei Vorhandensein eines Arbeitsdirektors sowohl im herrschenden als auch im beherrschten Unternehmen, der Arbeitsdirektor auf seine allgemeine Verantwortung in konzernrelevanten Fragen innerhalb des Leitungsorgans der Konzernspitze beschränkt⁶⁸. Zu fragen ist, ob sich hieran dadurch etwas ändert, daß das beherrschte Unternehmen mangels der Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG keinen Arbeitsdirektor hat. Dies ist zu verneinen. Wie dargestellt, beruht die Beschränkung des Konzernkernbereichs auf die allgemeine Verantwortung innerhalb der Konzernspitze nicht auf dem Vorhandensein eines Arbeitsdirektors im beherrschten Unternehmen, sondern auf der spezifischen Struktur dieses Konzernverhältnisses. Hatte oben bei der Begründung der Lösung das Vorhandensein eines zweiten Arbeitsdirektors keinen Argumentationswert, so ändert sich durch den Wegfall am Ergebnis nichts. Ebenso führt der quantitative Charakter des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG nicht zu einer Änderung. Der Grund, weshalb dem

67: vgl oben S.130 f

68: vgl oben S.136 ff

Konzernarbeitsdirektor hier im Gegensatz zu dem des zentral geleiteten Vertragskonzerns bei Vorliegen im übrigen gleicher Voraussetzungen ein Weisungsrecht nicht zu steht, liegt nicht in der Beschaffenheit des beherrschten Unternehmens, sondern ergibt sich allein aus der Eigenart des dezentral geleiteten Vertragskonzerns, wobei das Mitbestimmungsgesetz vorliegend eine Korrektur nicht erforderlich macht⁶⁹.

Die Arbeitnehmer eines derart beherrschten Unternehmens erfahren keine Schlechterstellung. Sie stehen vielmehr grundsätzlich ebenso, wie wenn ihr Unternehmen nicht Konzernunternehmen wäre. Der Eigenschaft als Konzernunternehmen wird über die Zurechnung des §5 MitbestG und der Einflußmöglichkeit des Konzernarbeitsdirektors auf die das beherrschte Unternehmen betreffenden konzernrelevanten Fragen im Leitungsorgan der Konzernspitze Rechnung getragen.

3. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.1 MITBESTG NICHT UNTER DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ

Zu prüfen ist der Umfang der Kernbereichszuständigkeit des Arbeitsdirektors des Unternehmens der Konzernspitze in dem Fall, daß das herrschende Unternehmen von §1 Abs.1 MitbestG erfaßt wird, das beherrschte Unternehmen jedoch die Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG nicht erfüllt, weshalb ein Arbeitsdirektor dort nicht zu bestellen ist.

69: vgl oben S.137 ff

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Nach bisher geltendem Konzernrecht kommt dem Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens ein umfassendes Weisungsrecht auch in Personal- und Sozialangelegenheiten zu⁷⁰. Zu fragen ist, ob dies auch bei den angenommenen Voraussetzungen gegeben ist oder ob sich anderes ergibt⁷¹.

Das Mitbestimmungsgesetz findet auf das beherrschte Unternehmen keine Anwendung, weshalb eine Beschränkung des Konzernkernbereichs hinsichtlich der Einflußnahme über ein Weisungsrecht unter dem Gesichtspunkt des gesetzlich zugewiesenen Kernbereichs des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens ausscheidet. Außer §33 MitbestG könnten aber die mangelnde Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG eine solche Einschränkung notwendig machen, falls der Gesetzgeber nur die in der Rechtsform des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG geführten Unternehmen dem Gesetz unterstellen wollte, während andere mitbestimmungsfrei bleiben sollen. Wäre dies zutreffend, dann müßte das beherrschte Unternehmen von jeglicher Einflußnahme des Konzernarbeitsdirektors freigestellt sein, bzw. es käme lediglich die allgemeine Verantwortung des Konzernarbeitsdirektors für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens im Rahmen des kollegialen Leitungsorgans der Konzernspitze in Betracht. Ein wie auch immer geartetes Weisungsrecht gegenüber dem beherrschten Unternehmen wäre dann nicht möglich.

Zur Entscheidung des Umfangs der Kernbereichszuständigkeit des Konzernarbeitsdirektors auch für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens muß der Charakter des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG herangezogen werden. §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG enthält im Gegensatz zu §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG⁷² eine qualitative Voraussetzung, die nicht im Wege eines

70: vgl oben S.129 ff und S.139 ff

71: vgl hierzu Martens ZHR 74, 179(190 f)

72: vgl oben S.141

additiven Verfahrens herbeigeführt werden kann. Die in §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG nicht genannten Rechtsformen, also die Personengesellschaften und Einzelkaufleute, sind aufgrund ihrer Struktur für die vorliegende Form der Arbeitnehmermitbestimmung auf Unternehmensebene nicht geeignet. Das ergibt sich daraus, daß diese Unternehmens-träger ihre Grundlage nicht wie die Kapitalgesellschaften in geldwerten Beteiligungen mehr oder weniger anonymer Anteilseigner haben, sondern im persönlichen Engagement und der persönlichen Haftung der Unternehmensführung⁷³. Im Fall des Einzelkaufmanns gilt dies in besonderem Maße. Ein quantitatives Moment spielt hierbei keine Rolle; so ist weder die Anzahl der Arbeitnehmer noch das wirtschafts- und gesellschaftspolitische Gewicht dieser Unternehmen von Relevanz.

Über den Umweg des herrschenden Unternehmens kann das Mitbestimmungsgesetz nicht, insbesondere nicht §33 MitbestG, auf die von §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG nicht erfaßten Unternehmen Anwendung finden. Der Konzernarbeitsdirektor besitzt deshalb neben der umfassenden Zuständigkeit für die Arbeitnehmer seines Unternehmens eine solche nicht für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens⁷⁴. Hierdurch stellen sich die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens nicht schlechter als wenn ihr Unternehmen kein Konzernunternehmen wäre. Dem bestehenden Konzernverhältnis sowie der Zurechnung gemäß §5 MitbestG trägt die allgemeine Verantwortung des Konzernarbeitsdirektors für alle Konzernarbeitnehmer innerhalb des Leitungsorgans der Konzernspitze Rechnung⁷⁵.

73: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §1 Rdn 10

74: a.A. Martens ZHR 74, 179(191)

75: vgl oben S.137 f

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Besteht ein dezentraler Vertragskonzern, so ergibt sich sowohl nach geltendem Konzernrecht⁷⁶ als auch aufgrund der mangelnden Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG⁷⁷, daß eine Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens in Personal- und Sozialangelegenheiten gegenüber dem beherrschten Unternehmen nicht besteht. Es bleibt hier bei der allgemeinen Verantwortung für alle Arbeitnehmer. •

4. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT UNTER §1 ABS.4 MITBESTG

Wird das beherrschte Unternehmen von einer in §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG genannten Kapitalgesellschaft getragen, und hat es die nach §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG erforderliche Größe, fällt es aber unter §1 Abs.4 MitbestG, so stellt sich die Frage, inwieweit der Konzernarbeitsdirektor für die Arbeitnehmer des Tendenzunternehmens aufgrund der gesetzlichen Kernbereichsgarantie zuständig ist.

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Nach geltendem Konzernrecht ergibt sich auch gegenüber einem Tendenzunternehmen ein umfassendes Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens gerade in Personal- und Sozialangelegenheiten, da diese von entscheidender Bedeutung sind. Daß eine solche Zuständigkeit jedoch nicht in den garantierten Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors fällt, ergibt sich aus dem Gesetz. Der Gesetzgeber hat in §1 Abs.4 MitbestG die Tendenzunternehmen vom Mit-

76: vgl oben S.136 ff

77: vgl oben S.144

bestimmungsgesetz ausdrücklich ausgenommen, so daß sich auch §33 MitbestG nicht über die Konzernspitze auf das Leitungsorgan des Tendenzunternehmens auswirken kann. Zu fragen ist, ob die allgemeine Verantwortung des Konzernarbeitsdirektors im Rahmen des kollegialen Vertretungsorgans des herrschenden Unternehmens die Arbeitnehmer des beherrschten Tendenzunternehmens umfaßt, oder ob §1 Abs.4 MitbestG auch solches verbietet.

Zu Hilfe könnte man folgende Überlegung aufgrund von §5 MitbestG nehmen: Wenn die Arbeitnehmer eines Tendenzunternehmens der Konzernspitze zugerechnet werden und so an der Mitbestimmung eines anderen Unternehmens beteiligt sind, dann ist es in der Umkehrung zutreffend, daß der auch mittelbar durch sie legitimierte Konzernarbeitsdirektor für die Arbeitnehmer des Tendenzunternehmens eine allgemeine Verantwortung hat. Allein zweifelhaft ist, ob §5 MitbestG auf ein beherrschtes Tendenzunternehmen Anwendung findet⁷⁸. Dies ist trotz manch guten Grundes abzulehnen. Eine Zurechnung nach §5 MitbestG widerspräche dem eindeutigen und unzweifelhaften Wortlaut des §1 Abs.4 MitbestG, der lautet: "Dieses Gesetz ist nicht anzuwenden auf Unternehmen, die ...". Hieraus folgt, daß das gesamte Gesetz und nicht lediglich einzelne Paragraphen keine Anwendung findet. Die Auslegung eines Gesetzestextes stößt stets am Wortlaut auf ihre Grenzen.

Die hier vertretene Auffassung wird bestärkt durch §1 Abs.2 Satz 1 MitbestG, der von der Anwendung des Gesetzes "die Mitbestimmung in Organen von Unternehmen, in denen ..." ausschließt. Hieran wird deutlich, daß der Gesetzgeber klar zwischen der Nichtanwendung des Gesetzes auf bestimmte Bereiche des Unternehmens einerseits und auf das Unternehmen als Ganzes andererseits unterschieden hat. Nur so läßt sich erklären, weshalb die Tendenz-

78: bejahend Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §1 Rdn 39 m.w.N.,
unklar hierzu Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §1 Rdn 60
m.w.N.

unternehmen des Abs.4 nicht als Nr.3 in §1 Abs.2 MitbestG aufgenommen wurden.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß das Mitbestimmungsgesetz auf Tendenzunternehmen keine Anwendung findet, weshalb der Konzernarbeitsdirektor für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens keinerlei Zuständigkeit hat.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Da §1 Abs.4 MitbestG eine Anwendung des Gesetzes auf die Tendenzunternehmen versagt, umfaßt der Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors auch im dezentral geleiteten Vertragskonzern keinerlei Zuständigkeit für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens⁷⁹.

III. DER ARBEITSDIREKTOR IM UNTERNEHMEN DER KONZERNSPITZE, DAS MANGELS DER VORAUSSETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT VOM MITBESTIMMUNGSGESETZ ERFASST WIRD

Beschäftigt das Unternehmen der Konzernspitze in der Regel nicht über 2000 Arbeitnehmer, so ist ein Arbeitsdirektor zunächst nicht zu bestellen. Aufgrund der Zurechnungsnorm des §5 MitbestG gelten die Arbeitnehmer des oder der beherrschten Unternehmen jedoch als solche der Konzernspitze⁸⁰, so daß, beschäftigt der Konzern insgesamt in der Regel über 2000 Arbeitnehmer, §33 MitbestG auf das herrschende Unternehmen Anwendung findet. Es spielt hierbei keine Rolle, wieviel Arbeitnehmer das herrschende Unternehmen selbst beschäftigt, weshalb im Extremfall denkbar ist, daß ein Arbeitsdirektor im Lei-

⁷⁹: vgl oben S.146 f

⁸⁰: vgl oben S.120, zur Ausnahme des §1 Abs.4 MitbestG vgl oben S.147

tungsorgan bestellt werden muß, obwohl es keine Arbeitnehmer hat⁸¹.

§1 Abs.1 Nr.2 MitbestG enthält ein quantitatives Kriterium⁸², weshalb dem Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors zunächst die wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten der Arbeitnehmer seines Unternehmens obliegen. Mag der Arbeitsdirektor aufgrund der geringen Zahl der tatsächlichen Arbeitnehmer der Konzernspitze nicht ausgelastet sein, so ändert dies nichts an seinen gesetzlichen Kompetenzen. Daß sich vorliegend sowohl der Kernbereich des Arbeitsdirektors als auch seine konkreten Aufgaben wesentlich von denen eines solchen außerhalb eines Konzernverhältnisses unterscheiden können, ist der Regelung des §5 MitbestG immanent. Es wäre deshalb nicht richtig, anzunehmen, daß hier ein wie auch immer gearteter Ausgleich zu schaffen wäre.

Weiter ist zu fragen, inwieweit die Kernbereichsgarantie eine Zuständigkeit des Konzernarbeitsdirektors für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens notwendig macht. Hierbei ist von den bestehenden Konzernrechtsverhältnissen unter Berücksichtigung der Ausgestaltung im einzelnen auszugehen⁸³.

I. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN WIRD SELBST VON §1 ABS.1 MITBESTG ERFASST

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Nach Konzernrecht ergibt sich hier eine umfassende Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens, auch in Fragen des Personal- und Sozialwesens. Die Zuständigkeit für diese Angelegenheiten des beherrschten Unternehmens

81: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 15, §33 Rdn 30, vgl für den vergleichbaren Fall des §4 Abs.1 MitbestG LG Bremen DB 80, 349

82: vgl oben S.141

83: vgl oben S.133

fällt jedoch nicht unbeschränkt in den Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors, da die Anwendung des §33 MitbestG auch auf das beherrschte Unternehmen eine Beschränkung auf die Regelung allgemein konzernrelevanter Rahmenbedingungen notwendig macht⁸⁴.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Der Konzernarbeitsdirektor ist aufgrund des Konzernrechtsverhältnisses auf die allgemeine Verantwortung für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens innerhalb des kollegialen Leitungsorgans des herrschenden Unternehmens beschränkt⁸⁵. Besonders ist darauf hinzuweisen, daß der Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors vorliegend ausschließlich aus dieser allgemeinen Verantwortung bestehen kann. Dies liegt unter den angenommenen Voraussetzungen dann vor, wenn die Konzernspitze im Extremfall keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt. Ob hier tatsächlich von einer Existenzberechtigung des Konzernarbeitsdirektors gesprochen werden kann⁸⁶, erscheint mehr als fraglich, zumal das beherrschte Unternehmen über einen eigenen, mit der gesetzlichen Kernbereichsgarantie ausgestatteten Arbeitsdirektor verfügt. Es empfiehlt sich de lege ferenda, den in der Praxis zu findenden Konzernverhältnissen angemessene und praktikable Lösungen anzubieten. Der Hinweis auf die Möglichkeit der geschäftsordnungsmäßigen Zuweisung anderer Ressortbereiche⁸⁷ ändert an der bestehenden unzulänglichen Regelung nichts.

84: vgl oben S.133 ff

85: vgl oben S.136

86: so Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 50

87: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 51

2. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUS-
SETZUNG DES §1 ABS.1 NR.2 MITBESTG NICHT UNTER DAS
MITBESTIMMUNGSGESETZ

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Nach Konzernrecht hat das herrschende Unternehmen ein umfassendes Weisungsrecht auch in Fragen des konkreten Einzelfalles. Die Zuständigkeit für die Personal- und Sozialangelegenheiten des beherrschten Unternehmens kommt vorliegend dem Konzernarbeitsdirektor aufgrund seines garantierten Kernbereichs zu. Mangels der quantitativen Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.2 MitbestG findet §33 MitbestG auf das beherrschte Unternehmen keine Anwendung, so daß es zu einer Konkurrenz der Kernbereiche nicht kommt⁸⁸.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Der Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors hinsichtlich der Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen beschränkt sich auf die allgemeine Verantwortung innerhalb des Leitungsorgans der Konzernspitze⁸⁹.

3. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT MANGELS DER VORAUS-
SETZUNG DES §1 ABS.1 NR.1 MITBESTG NICHT UNTER DAS
MITBESTIMMUNGSGESETZ

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Die nach Konzernrecht bestehende umfassende Zuständigkeit des herrschenden Unternehmens für Fragen des Per-

88: vgl oben S.141 f

89: vgl oben S.136 ff und S.142

sonal- und Sozialwesens des beherrschten Unternehmens fällt nicht in den Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors. Im herrschenden Unternehmen mangelt es an der qualitativen Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG⁹⁰, weshalb §33 MitbestG sich nicht über den Umweg des Konzernverhältnisses auf das beherrschte Unternehmen auswirken darf. Dem Konzernarbeitsdirektor bleibt lediglich die allgemeine Verantwortung für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens⁹¹.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Da ein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens nicht besteht und es an der qualitativen Voraussetzung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG fehlt, kommt dem Konzernarbeitsdirektor eine Zuständigkeit für die Personal- und Sozialangelegenheiten nicht zu⁹².

4. DAS BEHERRSCHTE UNTERNEHMEN FÄLLT UNTER §1 ABS.4 MITBESTG

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Ist das beherrschte Unternehmen ein Tendenzunternehmen, so findet nach dem eindeutigen Wortlaut des §1 Abs.4 MitbestG das Mitbestimmungsgesetz auf diese keine Anwendung⁹³. Der Konzernarbeitsdirektor ist nicht einmal im Rahmen seiner allgemeinen Verantwortung für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens zuständig.

90: vgl oben S.145

91: vgl oben S.145

92: vgl oben S.135 ff und S.146

93: vgl oben S.146 f

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Es verhält sich hier wie beim zentral geleiteten Ver-
tragskonzern, weshalb nach oben verwiesen wird⁹⁴.

IV. DER ARBEITSDIREKTOR IN DER NACH §5 ABS.3 MITBESTG FINGIERTEN KONZERNSPITZE

Fällt das herrschende Unternehmen nicht unter das Mitbestimmungsgesetz, wobei für die folgend behandelte Frage offenbleiben kann, welche Voraussetzungen an dieses im einzelnen zu stellen sind⁹⁵, so interessiert der Umfang des Kernbereichs des Arbeitsdirektors in der fingierten Konzernspitze. Muß der Arbeitsdirektor sich den ins einzelne gehenden Weisungen des herrschenden Unternehmens fügen, ist er nur den allgemein konzernrelevanten Rahmenbedingungen verpflichtet oder steht ihm ungeachtet des bestehenden Konzernverhältnisses eine unbeschränkte Kernbereichskompetenz zu?

a. DER ZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Nach geltendem Konzernrecht steht dem herrschenden Unternehmen der Konzernspitze ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem beherrschten Unternehmen zu⁹⁶. Hiervon ausgehend ist zu fragen, ob aufgrund des durch §33 MitbestG gesetzlich garantierten Kernbereichs des Arbeitsdirektors der beherrschten Konzernspitze eine Korrektur des Wei-

94: vgl oben S.146 f

95: vgl Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §5 Rdn 59 ff m.w.N., Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG §5 Rdn 70 f; zu der streitigen Frage, ob §5 Abs.3 MitbestG Anwendung findet, wenn die Konzernspitze ein Tendenzunternehmen ist vgl z.B. Meilicke/Meilicke BB 78, 406(411), Raiser MitbestG §5 Rdn 25, Lux MitbestG S.64; vgl zur Beurteilung der Tendenzbezogenheit einer Konzernspitze OLG Hamburg DB 80, 635 ff, Mayer-Maly in FSch f. Möhring S.251

96: vgl oben S.129 f

sungsrechts in Personal- und Sozialangelegenheiten vorzunehmen ist⁹⁷.

Eine Beschränkung des dem herrschenden Unternehmen zustehenden Weisungsrechts ist dann notwendig, wenn das beherrschte Unternehmen selbst einen Arbeitsdirektor hat⁹⁸. Dieser ist nur an allgemein konzernrelevante Rahmenbedingungen gebunden, im übrigen aber selbständig für die wesentlichen Personal- und Sozialangelegenheiten seines Unternehmens zuständig. Sieht man keinen Unterschied darin, daß das herrschende Unternehmen der Konzernspitze einmal mitbestimmt und einmal nicht mitbestimmt ist, so müßte die zur Entscheidung stehende Frage in der dargestellten Weise beantwortet werden. Andernfalls bleibt die Möglichkeit, daß der Arbeitsdirektor der fingierten Konzernspitze nur einen durch das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens beschränkten Kernbereich hat, daß ein solcher der Konstruktion des § 5 Abs.1 MitbestG immanent wäre. Es kommt demnach entscheidend darauf an, ob ein Konzernverhältnis, das von § 5 Abs.1 MitbestG erfaßt wird, anders zu beurteilen ist als ein solches, das unter § 5 Abs.3 MitbestG fällt.

Oben⁹⁹ ging es um die Abgrenzung zwischen dem garantierten Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors einerseits und dem des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens andererseits. Es kam darauf an, in der insgesamt mitbestimmten wirtschaftlichen Einheit Konzern die Aufgabenbereiche beider Arbeitsdirektoren gesetzes- und sachgerecht voneinander abzugrenzen. Eine institutionelle Erweiterung der Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen auf der Ebene der Leitungsorgane wurde durch die gefundenen Ergebnisse nicht vorgenommen. Vielmehr war ein Eingriff in das geltende Konzernrecht nur insoweit notwendig, als § 33 MitbestG eine korrigierende Kom-

97: vgl hierzu Martens ZHR 74, 179(186 ff)

98: vgl oben S.132 ff

99: vgl oben S.129 ff

petenzverlagerung von oben nach unten erforderlich machte. Im ganzen aber hat sich dadurch qualitativ nichts geändert.

Vorliegend ist die Situation insoweit eine andere, als der Konzern nicht gesamtheitlich der Mitbestimmung untersteht, ja gerade das Unternehmen der Konzernspitze nicht vom Mitbestimmungsgesetz erfaßt wird. Da es im herrschenden Unternehmen an einem Arbeitsdirektor fehlt, handelt es sich hier nicht lediglich um die Verschiebung von Kompetenzen zwischen zwei durch das Mitbestimmungsgesetz eingeführten Institutionen, sondern vielmehr wäre bei Anwendung der oben gefundenen Ergebnisse¹⁰⁰ ein Mehr an Arbeitnehmerinteressenrepräsentanz die Folge. Durch eine Verkürzung des Weisungsrechts des herrschenden Unternehmens gegenüber der Teilkonzernspitze und den von ihr beherrschten Unternehmen würde sich §33 MitbestG mittelbar auf das mitbestimmungsfreie herrschende Unternehmen auswirken. Hierdurch würde ein diesem Konzernverhältnis nicht entsprechender Kompetenzspielraum für den Teilkonzernarbeitsdirektor geschaffen, der neben der Zuständigkeit für die eigenen Personal- und Sozialangelegenheiten auch die für das auf dritter Stufe beherrschte Unternehmen umfassen müßte. Eine solche Ausdehnung des §33 MitbestG ist vom Gesetzgeber nicht gewollt, wie sich gerade aus §5 Abs.1 MitbestG sowie aus der enumerativen Aufzählung des §1 Abs.1 Nr.1 MitbestG ergibt. Es gilt auch hier, daß die Kernbereichsgarantie den immanenten Beschränkungen der möglichen Konzernarchitektur unterworfen ist, dh daß sich der Umfang des Kernbereichs an die bestehenden Konzernverhältnisse anpaßt¹⁰¹ und nur insoweit Korrekturen des Konzernrechts möglich sind, als dadurch keine Systemveränderung eintritt¹⁰².

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß dem herrschenden

100: vgl oben S.132 ff

101: vgl Raiser BB 76, 145(151)

102: vgl z.B. Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §30 Rdn 50 f m.w.N.

Unternehmen wie bisher ein umfassendes Weisungsrecht in Personal- und Sozialangelegenheiten gegenüber der Teilkonzernspitze und den über diese beherrschten Unternehmen zusteht¹⁰³. Das herrschende Unternehmen ist mangels qualitativer Voraussetzungen mitbestimmungsfrei, weshalb seine Rechte im zentral geleiteten Vertragskonzern unbeschränkt bleiben. Der Kernbereich des Teilkonzernarbeitsdirektors ist konzernrechtsbedingt kompetentionell beschränkt¹⁰⁴. Ihm bleibt daher die allgemeine Verantwortung innerhalb des Leitungsorgans der Teilkonzernspitze für seine Arbeitnehmer sowie für jene der von der Teilkonzernspitze beherrschten Unternehmen.

b. DER DEZENTRAL GELEITETE VERTRAGSKONZERN

Im dezentral geleiteten Vertragskonzern obliegt die Entscheidung in Personal- und Sozialangelegenheiten nicht dem Unternehmen der Konzernspitze, sondern dieses steht in der alleinigen Verantwortung des beherrschten Konzernunternehmens¹⁰⁵. Hier unterliegt der Kernbereich keiner Beschränkung aufgrund Konzernrechts, da hiernach ein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens nicht besteht. Der Kernbereich des Teilkonzernarbeitsdirektors umfaßt all die Kompetenzen, die einem "echten" Konzernarbeitsdirektor zustehen. Ausschlaggebend ist demnach, in welchem Verhältnis die weiteren Konzernunternehmen zur Teilkonzernspitze stehen.

103: im Ergebnis wie hier Martens ZHR 74, 179(188, 190), Reich
AuR 76, 261(274)

104: im Ergebnis wie hier Duden ZHR 77, 145(167 f), Fitting/
Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 52 f

105: vgl oben S.135

V. DER FAKTISCHE KONZERN

Ein faktischer Konzern liegt dann vor, wenn aufgrund von Beteiligungen des einen Unternehmens an einem anderen die Einflußnahme derart ist, daß das Kontroll- und/oder Geschäftsführungsorgan des anderen Unternehmens von dem die Beteiligung haltenden Unternehmen bestimmt werden kann¹⁰⁶. Da das herrschende Unternehmen seinen Einfluß über die Stimmrechte seiner Vertreter in den Organen des beherrschten Unternehmens geltend macht, gibt es hier keine gesetzlich oder vertraglich verankerten Weisungsrechte des Leitungsorgans der Konzernspitze oder ein davon abgeleitetes des Arbeitsdirektors¹⁰⁷. So ist weder dessen Kernbereich noch der des Arbeitsdirektors des beherrschten Unternehmens aufgrund geltenden Konzernrechts immanent beschränkt.

Der Kernbereich des Konzernarbeitsdirektors umfaßt zunächst die Zuständigkeit für Personal- und Sozialangelegenheiten der Arbeitnehmer des eigenen Unternehmens sowie daneben die Kompetenz für die alle Konzernarbeitnehmer betreffenden konzernrelevanten Fragen innerhalb des Leitungsorgans der Konzernspitze. Inwieweit diesem darüberhinaus ressortmäßig weitere Zuständigkeiten für die Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens zukommen, liegt an der konkreten Steuerung des beherrschten Unternehmens durch die Konzernspitze¹⁰⁸. Werden die Personal- und Sozialangelegenheiten des beherrschten Unternehmens von dieser umfaßt, so mag es in die Zuständigkeit des Konzernarbeitsdirektors fallen, die Organmitglieder des beherrschten Unternehmens entsprechend zu beeinflussen.

Im faktischen Konzern ist jedoch der Konsens zwischen der abhängigen und der herrschenden Unternehmensleitung entscheidend. Es bleibt letztlich Sache des Vertretungs-

106: Würdinger in Großkomm. AktG §17 Anm 6, Würdinger aaO S.294

107: Lutter aaO S.25 f

108: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG §33 Rdn 54

